

veränderung anzufertigende Aufsatz den Zins- Lehns- und sonstigen Abgabeberechtigten zum Auswurf der Gefälle und, wenn dieser Auswurf mit den in dem Aufsatze enthaltenen Ansätzen nicht übereinstimmt, wiederum dem neuen Erwerber zur Anerkennung jener Abgaben mitgetheilt werden.

Werden die ausgeworfenen Gefälle oder etwaige Ausstellungen und Erinnerungen der Einnahmebehörden und Abgabeberechtigten bestritten, so muß, wenn der Widerspruch sich nicht sofort als unbegründet erweiset, oder derselbe sich nicht noch auf gütligem Wege beseitigen läßt, dessen in der Ueberreigungsurkunde Erwähnung geschehen und jedem sein Recht vorbehalten werden.

Mit Ausnahme des ebenerwähnten Falles darf die Aushändigung der ausgefertigten Ueberreigungsurkunden nicht eher erfolgen, als bis die Berichtigung der schuldigen Abgaben durch Quittung der Berechtigten nachgewiesen ist.

Ist in einer auf die bezeichnete Weise zu Stande gekommenen Uebereignungsurkunde eines Widerspruchs nicht Erwähnung geschehen, oder derselbe später erledigt worden, so beweiset die Urkunde gegenüber sowohl dem Eigenthümer, als dem Berechtigten die Existenz und Größe der in ihr verzeichneten Gefälle, Abgaben und Lasten, ohne daß der Nachweis eines besondern Erwerbstitels für dieselben erforderlich ist.

XVI.

Die neuesten Leistungen auf dem Gebiete der Civilprozeßgesetzgebung, insbesondere das Gesetz über das Verfahren bei dem Bundesgerichte der Schweiz, der Entwurf einer Civilprozeßordnung für das Großherzogthum Hessen und der Entwurf eines Gesetzes betreffend den bürgerlichen Prozeß für das Großherzogthum Oldenburg, geprüft

von

Mittermaier.

Der Aufgabe treu, in diesem Archive alle Fortschritte der Civilprozeßgesetzgebung darzustellen und zu prüfen, verweilen wir bei den drei neuesten Erscheinungen auf diesem Gebiete; nämlich 1)

dem Gesetzbuch über das Verfahren bei dem schweizerischen Bundesgerichte von 1855; 2) dem Entwurf der Civilprozeßordnung für das Großherzogthum Hessen von 1856; 3) dem Entwurf eines Gesetzes für den bürgerlichen Prozeß für das Herzogthum Oldenburg von 1856. Wir haben in diesem Archiv[1]) ausführlich das von 1850 erlassene schweizerische Gesetz dargestellt. Dies war für zwei Jahre als provisorisches Gesetz angenommen, so daß nach zwei Jahren eine Artikelweise Berathung stattfinden sollte; nach Ablauf der zwei Jahre fand man die Zeit, um Erfahrungen zu sammeln, für zu kurz und beschloß, am 24. Juli 1852 die provisorische Gesetzeskraft wieder um drei Jahre zu verlängern. Im Jahr 1854 mußte man zur wiederholten Prüfung schreiten; der Bundesrath stellte den Antrag, das Gesetz jetzt zum definitiven zu erheben, und in einem (von dem tüchtigen Präsidenten Blumer, dem Verfasser einer guten Rechtsgeschichte erstatteten) Berichte wurde vorerst die Frage geprüft, ob das Gesetz von 1850 sich während der fünf Jahre gut bewährt habe. Der Berichterstatter bemerkt, daß dem Bundesgerichte nach seiner Stellung manche mehr dem administrativen Gebiete angehörigen Streitigkeiten (z. B. über Expropriationen, über Einbürgerung Heimathloser) zugewiesen wären und dafür besondere Gesetze bestünden, in eigentlichen Rechtsstreitigkeiten das Bundesgericht nur entscheiden habe, wenn zwischen einzelnen Kantonen ein Rechtsstreit entsteht, oder da wo die Eidgenossenschaft als Beklagte erscheine, oder wenn der Streit auf dem Wege des Compromisses unter den Parteien an das Bundesgericht gebracht wird (bisher [6. Juli 1855] hatte das Bundesgericht nur in 13 Fällen zu entscheiden). Nach dem Berichte waren hier vorzüglich Rechtsfragen zu entscheiden; viele Bestimmungen des Gesetzes kamen nie zur Anwendung, so daß auch über ihre Zweckmäßigkeit nicht geurtheilt werden könne. Das Bundesgericht bezeugt aber in seinem Berichte, daß das Gesetz in Anlage und Durchführung sich als gut bewährt, die Commission stimmt diesem Urtheile bei und bemerkt insbesondere, daß die Einrichtung, nach welchem ein Mitglied des Bundesgerichts beauftragt wird, das ganze Vorverfahren bis zum Spruchverfahren des Prozesses (bis

1) Band XXXIV. S. 139.

zur mündlichen öffentlichen Verhandlung) zu leiten und durchzuführen, als dem Character des Bundesgerichts entsprechend erkannt werden müsse; die Commission bemerkt aber ausdrücklich, daß für die Kantonalsgerichte gewiß die mündliche Verhandlung vor dem Instruktionsrichter vorzuziehen, während das schriftliche Vorverfahren vor dem Bundesgerichte sich dadurch empfiehlt, daß dies Gericht sich selten versammelt, daß an eine rasche Erledigung der Prozesse, die bei wichtigeren Fällen nicht den gleichen Werth hat, wie bei unbedeutenderen Streitigkeiten, nicht immer zu denken ist und bei dem oft sehr weiten Auseinanderwohnen der Parteien und ihrer Anwälte und des prozeßleitenden Richters das schriftliche Verfahren im Stadium der Instruktion sich empfiehlt. Das schweizerische Gesetz beruht (nach der früher gegebenen Darstellung) darauf, daß nach beendigtem Vorverfahren das Hauptverfahren auf Grundlage der vom Instruktionsrichter erhobenen Protokolle und Akten vor dem versammelten Bundesgerichte das Hauptverfahren öffentlich und mündlich stattfindet (Gesetz 172) und die Berathung und Abstimmung öffentlich geschieht. Diese Oeffentlichkeit ist von Manchen als bedenklich betrachtet, der Commissionsbericht bezeugt aber, daß die Einrichtung entschiedene Vortheile hat, jeden Richter zum gründlichen Aktenstudium und reiflicher Ueberlegung seines Votums zwingt, um dasselbe dem Publikum und den Parteien gegenüber wohl motiviren zu können. Hervorgehoben wird im Bericht ein Widerspruch im Gesetze von 1850, indem nach §. 89. 98, nach welchem die Beweismittel schon in Klage- und Vernehmlassungsschrift genau bezeichnet werden sollen, während nach §. 157 der Richter den Parteien nach beendigtem Schriftenwechsel einen Tag zur Beibringung der Beweismittel (eigentlich zur Benennung und Beziehung) bestimmt; allein es wird bemerkt, daß in der Praxis sich der Widerspruch nicht fühlbar macht, indem der Instruktionsrichter, soweit es nur immer möglich, zu Gunsten des materiellen Rechts entscheiden wird, dessen Schutz schwerer wiegt, als eine etwas raschere Herbeiführung der Entscheidung. Die Commission schlägt vor, von Artikelweiser Berathung des Gesetzes abzustehen, und dasselbe als Ganzes definitiv anzunehmen. Die Bundesversammlung beschloß auch diese Annahme.

Einer der neuesten Prozeßgesetzentwürfe ist der für das Groß-

herzogthum Hessen von 1856, (aus 1246 §§.). Er beruht auf einer Benutzung der badischen Prozeßordnung als Grundlage, jedoch finden sich vielfache Abweichungen und zwar weil in Baden als Civilrecht das (dem französ. Gesetzbuche) folgende Landrecht in den in das Civilrecht einschlägigen Lehren gilt, während in Hessen bis jetzt das römische Recht mit einigen Statuten gilt, künftig ein neues, bereits im Entwurf bearbeitetes Civilgesetzbuch gelten wird, daher in Hessen die Lücke ausgefüllt werden mußte; vorzüglich zeigt sich dies in der Lehre vom Beweise. Während das badische Landrecht über Beweispflicht, Geständniß, Urkunden, Eid-Vorschriften enthält, deren Gültigkeit die Prozeßordnung voraussetzen konnte[2]), enthält die vorliegende hessische Prozeßordnung ausführliche Vorschriften, im Titel VII art. 227 über Geständniß, Titel XXI über die Beweispflicht, Titel XXII über Beweiskraft der Urkunden. Eine wesentliche Abweichung von der badischen Prozeßordnung enthält der hessische Entwurf art. 378 in Bezug auf die Rechtskraft der Zwischenbescheide. Während nach der badischen Prozeßordnung §. 364—367. 368 das Beweisurtheil nur ein Dekret ist, kein Rechtsmittel dagegen stattfindet, und der Richter bei Fassung des Endurtheils von der im Beweiserkenntnisse aufgestellten Ansicht wieder abgehen kann, erkennt der hessische Entwurf §. 378 Nr. 3, daß das Beweiserkenntniß in Rechtskraft übergeht und Appellation dagegen stattfindet. Die gesetzliche Beweistheorie ist in so fern beibehalten, daß der hessische Entwurf §. 489 (wie die badische Prozeßordnung §. 489) die Aussage von zwei Zeugen zum Beweise erfordert.[3])

Der hessische Entwurf beruht auf einer Gerichtsverfassung, die im wesentlichen der badischen gleich kömmt, nämlich daß die Rechtspflege in erster Instanz in allen Sachen von Einzeln-

---

2) Nur in Bezug auf das qualificirte Geständniß hatte die badische Prozeßordnung in §. 363 den art. 1356 des Code abgeändert und bei dem Ende wurde in §. 590 ausgesprochen, daß der art. 1363 des Landrechts nicht auf nothwendige Eide Anwendung findet.

3) Die Fassung ist verschieden. Nach hess. Entw. heißt es: Zum vollen Beweise einer Thatsache ist die Aussage von zwei glaubwürdigen Zeugen erforderlich. Die badische Prozeßordnung bestimmt: Die Aussage zweier vollgültiger Zeugen, welchen keine erheblichen Gründen entgegen stehen, beweisen eines Theils vollständig.

richtern ausgeübt wird (hessischer Entwurf §. 2), dadurch wird auch der Charakter des Verfahrens vor den Untergerichten bestimmt. Die Motive (S. 31) sprechen davon, daß das Prinzip der Prozeßordnung das der Mündlichkeit sei mit schriftlicher Grundlage soweit diese nöthig ist, um die Vorträge der Parteien zur Ueberführung dieser und zur Bildung der Rechtfertigung des richterlichen Urtheils festzuhalten; allein hier ist keine Mündlichkeit im Sinne des französischen Prozesses, so daß die Richter nur auf den Grund der von ihnen mündlich in der Sitzung vorgetragenen Thatsachen und Ausführungen entscheiden, sondern die Mündlichkeit besteht (§. 278 wie in Baden §. 217) in den mündlichen Vorträgen der Parteien zu Protokoll, jedoch mit der Befugniß einer Partei, schriftliche Aufsätze zu Protokoll zu geben[4]), ferner mit dem für eine vom Gericht entfernt wohnende Partei wichtigen Rechte, vor dem Amtsgerichte ihres Wohnorts zu Protoll vernommen zu werden. Nach §. 280 kann auch schriftliches Verfahren in besonders verwickelten Streitigkeiten mit Genehmigung des Gerichts für den ganzen Prozeß oder für einzelne Abschnitte zugelassen werden. Uebrigens bezeichnet §. 282 einige Fälle, an welchen schriftliches Verfahren ausgegeschlossen ist[5]), bei den mündlichen Verfahren werden beide Theile zur Verhandlung vorgeladen und aufgefordert, sich zum Beweise ihrer Behauptungen vorzubereiten und die ihnen zu Gebot stehenden Urkunden mitzubringen (§. 330), der Beklagte hat sich in der Tagfahrt über die Klage vernehmen zu lassen und seine Einreden vorzubringen. Kläger hat die Repliken, Beklagter die Dupliken vorzutragen. Der Richter hat (§. 335) jede Partei über die thatsächlichen Behauptungen ihres Gegners zu vernehmen und genaue Beantwortung derselben zu veranlassen und durch Anwendung des Fragerechts die thatsächlichen Streitpunkte klarer zu setzen, die

---

4) Nach den Motiven S. 32 bezieht sich auf die Verträge, auf welche erst eine weitere gerichtliche Verhandlung einzuleiten ist, z. B. an Klag- oder Fristgesuch (Entwurf §. 279).

5) Es sind die Fälle, in welchen die badische Proceßordnung §. 842 im Titel XXX von dem abgekürzten Verfahren spricht, während das badische Gesetz dahin auch Streitigkeiten über persönliche Verbindlichkeiten rechnet, deren Gegenstand den Werth von 150 fl. nicht übersteigt, nimmt der hessische Entwurf dies nicht auf.

Parteien auf ihre, Befugnisse, Pflichten, auf Rechtsnachtheile aufmerksam zu machen. Dem Entwurfe schwebt überall vor, daß bei Gericht die Parteien nur thatsächlich die Vorträge begründen; es steht ihnen zwar frei (§. 223) Rechtsgründe dann anfzunehmen; allein es ist nicht nothwendig.[6]) Im schriftlichen Verfahren (§. 338) werden zwar Parteivorträge eingereicht; nach der Fassung des Gesetzes ist aber immer nur von Beantwortung der Thatsachen die der Gegner vortrug, von Einreden und Repliken die Rede, es scheint darnach, daß der Gesetzgeber auf die Rechtsführung darin nicht rechnet, da er voraussetzt, daß der Richter die Gesetze selbst schon kennen wird. Die Motive (S. 33) bemerken, daß auf diese Art das bisherige Verfahren vor den Einzelnrichtern im wesentlichen keine Neuerung erleidet, dagegen das Princip der Mündlichkeit bei dem Verfahren vor den Kollegialgerichten (Obergerichten) neu sei art. 8. Nach art. 1114 dürfen die anzunehmenden Parteivorträge keine Rechtsausführungen enthalten[7]), da diese der mündlichen Verhandlung vorbehalten worden.[8]) Da die Kollegialgerichte nur als Obergerichte entscheiden, daher nur auf den Grund eines Rechtsmittels über den in erster Instanz von dem Einzelrichter entschiedenen Streit vor ihnen verhandelt wird, so frägt man billig, auf welche Grundlagen das Obergericht zu verhandeln hat. Nach der Erfahrung der Länder, in welchem in erster Instanz vor dem Einzelrichter zu Protokoll verhandelt wird, vorzüglich wenn die Parteien ohne Anwälte verhandelten, ist häufig erst der in der zweiten Instanz verhandelte Prozeß der wahre Prozeß; durch den jetzt erst hinzutretenden Anwalt, welcher bemerkt, daß in der ersten Instanz eine Masse wichtiger Punkte gar

---

6) In den Motiven S. 39 wird bemerkt, daß es zu den Obliegenheiten des Richters gehört die vorgebrachten Thatsachen unter die ihm schon bekannten und Rechtsvorschriften zu subsumiren.

7) Aehnliches bestimmt die badische Prozeßordnung §. 1071.

8) Nach den Motiven bekömmt hier gerade die Mündlichkeit eine hohe Bedeutung, weil sie vor Allem den Parteien die Beruhigung gibt, daß ihre Vorträge unmittelbar und vollständig in dem Sinne und mit dem Ausdruck, in welchem sie dieselben aufgenommen wissen wollen, zur Kenntniß sämmtlicher Gerichtsmitglieder gelangen, dadurch Zahl und Inhalt der zu wechselnden Schriften abgekürzt, die Actenanhäufung abgestellt, Prozeßkosten vermindert, und die Referenten lästiger Arbeit überhoben werden.

nicht vorgetragen, die Klage schlecht begründet, von dem instruirenden Richter der irrige rechtliche Gesichtspunkt aufgefaßt wurde, erhält jetzt der Rechtsstreit einen neuen Charakter; die Entscheidungsgründe des ersten Urtheils machen erst darauf aufmerksam, daß in der ganzen ersten Verhandlung der wahrhaft entscheidende Gesichtspunkt gar nicht beachtet war, daher auch thatsächlich mangelhafte Vorträge vorlagen, und daher nicht blos nur rechtliche Erörterungen, sondern auch neuere Behauptungen (weil häufig erst durch den richtigen rechtlichen Gesichtspunkt bestimmt wird, welche thatsächlichen Behauptungen nöthig werden) vorgetragen werden müssen. Wie weit das Vorbringen solcher nova in der zweiten Instanz nach dem Entwurf zulässig ist, ergibt sich nicht klar; nur §. 1203 spricht davon, daß wenn in der Beschwerdeschrift neue Thatsachen vorgebracht, oder neue Beweise angetreten sind, bevor zur mündlichen Verhandlung geladen wird, der Appellant zur schriftlichen Vernehmlassung aufgefordert werden; darnach scheint es, daß nova zulässig sind; allein da diese Frage schon im gemeinen Recht sehr bestritten ist, so sollte der Entwurf genauere Vorschriften darüber enthalten.

Von Bedeutung ist, daß der hessische Entwurf, wenn er auch im wesentlichen ganz der badischen Prozeßordnung folgt, in zwei wichtigen Punkten von dem badischen Rechte abweicht, so daß man das nach dem hessischen Entwurfe einzuleitende Verfahren vor dem Untergerichte, dem in Baden bestehenden nicht völlig gleichstehen kann. Im Großh. Hessen ist nämlich schon seit mehr als 20 Jahren die Justiz von der Verwaltung getrennt, so daß in Hessen die Justiz nur von wahren, nur mit der Justiz beauftragten und gehörig besoldeten Staatsbeamten als angestellten Richtern verwaltet wird, während in Baden die Justiz von der Verwaltung bei den Aemtern gesetzlich noch nicht getrennt ist, nur bei den größeren Aemtern einem Mitgliede des Amts die Justiz übertragen wird bei den kleinern Aemtern (also der Mehrzahl) der Amtmann noch die Verwaltung und Justiz ausübt und blos einem Referendar (der noch nicht als Staatsdiener angestellt, auch nicht eigentlich besoldet ist) die Justizverwaltung übertragen ist. Es leuchtet ein, daß nach hessischer Organisation viele Bedenklichkeiten, welche in Bezug auf die in Hessen von eigentlichen erfahrenen Richtern

verwaltete Justiz nicht vorkommen werde, sich da erheben, wenn ganz junge Männer nach einer kurzen Uebungszeit, ohne als unabhängige Richter angestellt zu sein, die Rechtspflege ausüben. Eine andere bedeutende Verschiedenheit betrifft die Stellung der Anwälte in den Prozessen.

In Baden zeigten die Verhandlungen über die Revision der Prozeßordnung im Jahr 1851 die Absicht, die Zuziehung der Anwälte in den Rechtsstreitigkeiten vor den Untergerichten möglichst zu beschränken, weil die frühere preußische Ansicht vorschwebte, daß die Parteien, wenn sie auch ohne Anwälte zu Gericht kommen, hinreichenden Schutz an dem Richter finden. Aus dem Kampfe der verschiedenen Ansichten und Vorschläge gingen 1851 die §§. 168 und 169 hervor, wornach der Besiegte nur schuldig ist, dem Sieger alle verursachten nothwendigen Kosten zu ersetzen, und der Richter in jedem Falle zu erwägen hat, ob nach der Beschaffenheit des Streits die durch den Beizug von Anwälten verursachten Kosten als nothwendig zu betrachten sind oder nicht. Es kann nicht fehlen, daß durch diese Vorschrift viele Rechtsuchende abgehalten werden, an Anwälte sich zu wenden oder durch solche sich bei Gericht vertreten zu lassen, weil sie nie sicher sind, daß auch im Falle des Sieges, der Gegner ihnen die Anwaltskosten erstatten muß. Begreiflich ist es höchst willkürlich, ob der Richter die Beiziehung eines Anwalts für nothwendig finden will oder nicht. Nach gewissen vielfach in Deutschland verbreiteten Vorstellungen blicken viele Richter ohnehin auf die Anwälte mit Mißtrauen und mit dem Vorurtheile, daß durch Anwälte nichts gewonnen wird für die bessere Führung der Prozesse. Richter und zwar solche die ihr eigenes Wissen überschätzen und hochmüthig sich einbilden, daß sie ohne fremde Hülfe das Rechte treffen werden, sind nicht geneigt, die Beiziehung von Anwälten zu begünstigen. Mancher Prozeß wird daher in erster Instanz (die Erfahrungen an Spruchkollegien sind darüber sehr belehrend) mangelhaft geführt und gibt eine schlechte Grundlage, wenn kein Anwalt zugezogen war, weil der Richter den Parteien deutlich genug bemerkte, daß die Beiziehung nicht nothwendig sei, oder in der Bevölkerung im Gerichtsbezirk allgemein bekannt ist, daß der Richter in der Regel ausspricht, daß die Beiziehung von Anwälten nicht

nothwendig war. Der hessische Entwurf hat weise im Art. 164 zwar den badischen Art. 168 aufgenommen, aber den 169 weggelassen, so daß die Tragung der Kosten als Pflicht des Gegners Regel ist, und nicht erst von der Entscheidung des Richters über die Nothwendigkeit im Sinne des badischen Rechts abhängt; so daher als nicht nothwendig nur jene Kosten erscheinen, welche durch Versäumniß der obsiegenden Partei oder durch zweifellos überflüssige oder für nichtig erklärte Handlungen entstanden sind. Durch §. 165 ist ausdrücklich bestimmt, daß der zum Kostenersatze verurtheilten Partei die für ihren Gegner durch dessen Gewalthaber entstandenen Kosten, falls letzterer nicht öffentlicher Anwalt, nur in soweit aufgerechnet werden, als sie den Betrag nicht übersteigen, den der Gegner hätte ansprechen können, wenn er selbst gehandelt hätte. Man bemerkt, daß der hessische Entwurf von der richtigen Ansicht ausgeht, daß keiner Partie es zum Nachtheil gerechnet werden darf [9]), wenn sie einem Anwalte die Führung ihres Prozesses überträgt, weil jeder Mensch am besten beurtheilen kann, ob er die nöthige Ruhe (dem vielleicht schändlichen Gegner gegenüber) oder Geistesgegenwart, Unbefangenheit (dem zudringlichen oder leidenschaftlichen Richter gegenüber) oder Gewandtheit besitzt, richtig alles Nöthige vorzubringen. Die einzelnen, besondere Beachtung verdienenden von der badischen Prozeßordnung abweichenden Vorschriften des hessischen Entwurfs sollen weiter unten hervorgehoben und geprüft werden.

Indem wir vorerst den neuesten Oldenburgischen Entwurf schildern, erinnern wir unsere Leser an die in diesem Archive mitgetheilte Darstellung [10]) des dem vorigen Landtage in Oldenburg vorgelegten Entwurfs eines Gesetzes über Gerichtsverfassung. Die Oldenburgische Staatsregierung blieb den früheren Zusagen und der Bestimmung der Verfassungsurkunde treu,

---

9) Wir erinnern an die in diesem Archive XXXVIII. S. 296 von tüchtigen Juristen im Ausschuß der Oldenburgischen Kammer geäußerte Erfahrung, daß die Bestimmung, nach welcher die Anwaltskosten dem Gegner nicht berechnet werden dürfen, der Winkeljurisprudenz und der Verflachung des Rechtslebens bei den Aemtern Vorschub leisten und dem Wohlhabenden, welcher seinen Anwalt selbst bezahlen kann, einen Vorzug geben werde.

10) Archiv XXXVIII. S. 292 ff.

Kollegialgerichte für die Rechtsstreitigkeiten in erster Instanz und in kleinern Bezirken Amtsgerichte einzuführen, zur Entscheidung von Streitsachen bis 75 Thlr. Werth und ohne Rücksicht auf Werth von Sachen, bei denen rasche Erledigung nothwendig ist. Wir haben zugleich den Auszug aus dem interessanten Berichte des Ausschusses über den Entwurf mitgetheilt. Die Kammer vereinigte sich zwar mit der Regierung nicht über alle Punkte des Entwurfes. Man fühlte, daß erst durch Vorlage des Entwurfs eines Civilprozeßgesetzbuchs mancher Punkt der Gerichtsverfassung in seiner Bedeutung hervortreten wird. Bei der Bearbeitung des Entwurfes, der nun vor uns liegt, ging man von den, schon in der den Entwurf über Gerichtsverfassung begleitenden Denkschrift ausgesprochenen Grundsätzen aus, daß das Verfahren auf Oeffentlichkeit, Mündlichkeit vor Kollegialgerichten (und Amtsgerichten mit abgekürztem Verfahren) gebaut werden soll, jedoch mit einer nur die Feststellung des Thatbestandes bezweckenden und alle Rechtsausführungen ausschließenden Vorverfahren. In den Motiven zum Entwurf S. 161 ist bemerkt, daß die Aufstellung eines vollständigen Prozeßgesetzes von dem Oldenburgischen Staatsministerium nicht für nöthig erachtet wurde, daß aber der Inhalt des jetzt noch geltenden Prozeßreglements von 1825 mit den nöthigen oder angemessenen Aenderungen aufgenommen werden soll. Der vorliegende Entwurf enthält nur §§. 374. Diese Kürze erkläct sich daraus, daß der Entwurf über viele prozeßualische Handlungen, z. B. über das Wesen der Strafgenossenschaft, Legitimation zur Sache, Litisdenuntiation, Intervention, Benennung des Auktors keine Vorschriften enthält, und in der Beweislehre weit weniger Vorschriften vorkommen, als in andern Prozeßgesetzen; vergebens sucht man Bestimmungen über Beweispflicht, über Beweiskraft der verschiedenen Arten von Urkunden [11]) Geständniß [12]). Selbst in Bezug auf Zeugenbeweis kommen nur Vorschriften vor, die sich blos auf das Verfahren bezie=

11) Nur der §. 187 bestimmt: Die Gemeinschaftlichkeit der Urkunden tritt mit der erfolgten Vorlegung derselben ein und §. 188 der Diffessionseid als besondere Art des Eides findet nicht Statt.

12) Es kömmt nur §. 155 vor mit dem Satze: Der Widerruf eines gerichtlichen Geständnisses ist nur zulässig im Falle eines thatsächlichen entschuldbaren Irrthums.

hen [13]). Dies System der Vereinfachung der Prozeßordnung und Beschränkung derselben auf Vorschriften über das Verfahren hat Manches Bedenkliche; wir geben zu, daß in unsern Prozeßordnungen viele Bestimmungen aufgenommen sind, welche in das Civilrecht gehören, und nur Folgesätze aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen sind (z. B. was in den deutschen Prozeßordnungen über Streitgenossenschaft vorkömmt) oder es sind Sätze, welche der Wissenschaft angehören (z. B. über Legitimation zur Sache. In die neuen Gesetzbücher kamen sie nur dadurch, daß in dem gemeinen Rechte unter den Schriftstellern eine große, die Praxis verwirrende Verschiedenheit der Ansichten vorkam z. B. über die Wirkung der Einrede mehrerer Streitgenossen) und weil die Gesetzgeber den Streit abschneiden wollten. Es entsteht aber keine Gefahr, wenn der Gesetzgeber auch hier der Wissenschaft es überläßt, ihren Einfluß zu üben und die Aufnahme einer Vorschrift darüber im Gesetzbuche unterläßt, weil er einsehen muß, daß sein Versuch durch eine alle Streitigkeiten abschneidende gesetzliche Bestimmung die wissenschaftliche von ihm für die richtige gehaltene Rechtsansicht zu regeln, doch nicht gelingt, weil alle solche Sätze (bei denen der Gesetzgeber nie alle möglicher Weise vorkommenden Fälle vorhersehen kann, und wo die Fassung im Gesetze mehr oder minder immer, zu eng oder zu weit sein wird), nur mit vielen Unterscheidungen wahr sind, und die Wissenschaft in beständiger Fortbildung ist. Der Oldenburgische Entwurf hat übrigens selbst manche Vorschrift aufgenommen, welche, da sie nur einen der Wissenschaft angehörigen Satz enthält, wohl hätte weggelassen werden können z. B. Art. 155 und wo der Gesetzgeber [14]) nur

13) Nach Art. 156 sollen Zeugen, welche gesetzlich zum Zeugniß unfähig sind und offenbar unzulässige Artikel und Fragen an die Zeugen, von dem Gerichte von Amts wegen verworfen werden. Art. 157 handelt von dem Zeitpunkte, von welchem an die Gemeinschaftlichkeit eintritt. Art. 66 von dem Ungehorsam der Zeugen, in dem folgenden von der Vernehmung derselben.

14) Ueber Widerruf des Geständnisses s. Text oben in Note 12. In den Motiven S. 176 wird bemerkt, daß es gemeinrechtlich bestritten ist, ob bei dem Widerruf der Gestehende den Irrthum beweisen muß; man habe in Uebereinstimmung mit der wenigstens neueren Praxis des Oberappellationsgerichts den Beweis des Irrthums fordern wollen. Der Hessische Ent-

durch den Wunsch die Streitfrage zu beseitigen zur Aufnahme bestimmt wurde. Bekanntlich hat das französische Civilgesetzbuch, indem es den Ansichten von Pothier folgt, die Lehre vom Beweise aufgenommen und enthält unter dem Gesichtspunkt von dem Beweise der Verbindlichkeiten viele Vorschriften, welche in den deutschen Civilprozeßordnungen vorkommen (weil die deutschen Lehrbücher über Civilprozeß solche Erörterungen enthielten) z. B. kommen im Code Civil Art. 1354—56 Vorschriften über Geständniß z. B. über ausergerichtliches oder qualificirtes Geständniß vor. Mit Recht hat in Bezug auf das Erste der Oldenburgische Entwurf keine Vorschrift aufgenommen; weil jeder Gesetzgeber erkennen muß [15]), daß die Beweiskraft des außergerichtlichen Geständnisses von so vielen Umständen des einzelnen Falles abhängt, daß eigentlich nur das verständige Ermessen des Richters entscheiden soll.

In Bezug auf das sogenannte qualificirte Geständniß, bei welchem der Code Art. 1356 den (schwerlich zu rechtfertigenden) in der Art der Anwendung so sehr in Frankreich bestrittenen Satz: il ne peut être divisé contre lui aufnimmt und dadurch die damals in Frankreich allgemein anerkannte Ansicht von der Untheilbarkeit sanktioniren wollte, kann nicht in Abrede gestellt werden, daß der deutsche Gesetzgeber wohl Veranlassung hat, eine Vorschrift darüber in die Prozeßordnung aufzunehmen, um die allerdings noch in Deutschland von so vielen Schriftstellern vertheidigte französische Ansicht auszuschließen und um dem Richter eine Anweisung zu geben, wie er bei Ablegung solcher oft vorkommenden schlau auf Schrauben gestellten Geständnisse zu verfahren hat. Daher hatte auch der Verfasser dieses Aufsatzes als Mitglied der

---

wurf §. 231 enthält die nämliche Vorschrift, setzt aber hinzu: daß der Beweis des Irrthums nicht durch Eideszuschiebung geschehen soll. — Wie soll es in Oldenburg gehalten werden?

15) Der Hessische Entwurf §. 220 bestimmt: die Beweiskraft des außergerichtlichen Geständnisses d. h. eines solchen, welches nicht in einem Rechtsstreite, wenn auch vor Gericht abgelegt ist, hängt von den Umständen ab, unter welchen es erfolgt ist, namentlich davon, ob diese entweder gar keinen Zweifel oder mehr oder weniger Zweifel an der Ernstlichkeit der Erklärung des Gestehenden gestatten.

Gesetzrevisionscommission 1830 bei Berathung des Badischen Entwurfs dahin zu wirken gesucht, daß der Art. 1356 des Code (der im Badischen Landrecht wörtlich aufgenommen ist) als aufgehoben erklärt werde[16]). In diesem Sinne hat auch der Hessische Entwurf[17]) wohl mit Recht in dem Titel von den Parteivorträgen, um den Richter hinzuweisen, wie er solche Geständnisse bei Regelung des Beweises zu behandeln hat, eine (klarer als der Badische Art. 363 gefaßte) Vorschrift aufgenommen. Der Oldenburgische Entwurf enthält zwar keine solche Vorschrift; allein uns scheint, daß er durch den Art. 103 welcher die Pflicht des Richters ausspricht, auf die Klarheit und Vollständigkeit der Parteienvorträge zu bringen, in den Worten: Er hat insbesondere darauf zu sehen, daß die behaupteten Thatsachen einzeln und unumwunden beantwortet und vorgetragen werden wie sich die Sache anders verhalte als vom Gegner behauptet worden, vorschreiben will, daß der Richter auf die Beseitigung der sogenannten qualificirten Geständnisse wirken soll. Es ist auch gewiß, daß diese Art von Geständnissen unter dem bisherigen schriftlichen Verfahren die Hauptbedeutung hatte, weil dem Anwalt es leicht war, in der Schrift eine Antwort so auf Schrauben gestellt und mit Einreden versehene Zusätze und Beschränkungen[18]) zu geben, daß der Richter oft in Verlegenheit war, was er als zugestanden betrachten durfte. Bei der mündlichen Verhandlung wird es dem verständigen und energischen Richter leicht sein, wenigstens größtentheils, die qualificirten Ge=

---

16) Dies ist auch in der Badischen Prozeßordnung ausgesprochen, wo es heißt (im Art. 363): wenn eine Partei ihrem Geständnisse Beschränkungen beifügt, so hat sie solche zu beweisen, in so fern dieselben nicht ein bloßes Abläugnen eines Theils der thatsächlichen Behauptungen der Gegenpartei enthalten.

17) Art. 230. Es heißt wenn eine Partei die thatsächlichen Behauptungen ihres Gegners, worauf dessen Anträge sich gründen, mit Einschränkungen oder Hinzufügung anderer Thatumstände zugesteht (qualificirtes Geständniß), so hat sie diese von ihr hinzugefügten Thatumstände und Einschränkungen in so weit zu beweisen, als solche nicht ein Abläugnen thatsächlicher Voraussetzungen des gegnerischen Anspruchs enthalten.

18) Die Theorien von der exceptio non rite adimpleti contractus ist eine Geburt des schriftlichen Verfahrens.

ständnisse zu beseitigen und dies scheint auch der Oldenburgische Entwurf zu wollen; wir sind aber der Meinung, daß deswegen eine bestimmte, die Verpflichtung des Richters die mit Beschränkungen versehenen Geständnisse zurückzuweisen aussprechende Vorschrift oder eine der des Hessischen Entwurfs ähnliche Bestimmung zu erlassen, zu empfehlen sein dürfte.

Wenn ein Gesetzgeber es für nöthig hält, in der Prozeßordnung bisher bestandene Streitfragen abzuschneiden, so sollte auch der Oldenburgische Entwurf mit Bestimmungen wie der §. 156 sie enthält, sich nicht begnügen, denn wenn darin gesagt ist, daß Zeugen, welche gesetzlich zum Zeugniß völlig unfähig sind von Amtswegen zu verwerfen sind, so frägt man, wie die Richter, Anwälte und Bürger erfahren, welche Zeugen gesetzlich unfähig sind. In Oldenburg gilt das gemeine Recht; ein besonderes Gesetz über unfähige Zeugen besteht in Oldenburg nicht. Jeder Jurist weiß aber, wie in gemeinen Prozessen die größte Verschiedenheit der Ansichten unter den Theoretikern und Praktikern darüber herrscht, welche Zeugen völlig unzulässig sind, z. B. Verwandte einer Partei, Personen welche wegen Verbrechen bestraft sind (oder Verbrechen verübten) wo die Auslegung des C. 54 X de testibus sehr bestritten ist) Unterhändler u. A. Wir werden unten nachzuweisen suchen, daß wir das bisherige System, so viele Zeugen als unzulässig zu erklären, für ein nachtheiliges halten; allein so lange das System[19]) beibehalten wird, muß der Gesetzgeber in der Prozeßordnung sich klar aussprechen, welche Zeugen unzulässig sein sollen. Daß der Oldenburgische Entwurf selbst bei den Fragen über Aufnahme einer Vorschrift im Gesetzbuche durch die Rücksicht geleitet wird,

---

19) Der Hessische Entwurf §. 880 nimmt unter 6 Nummern durchaus unzulässige und in §. 981 unter 7 Nummern auf den Antrag der Parteien unzulässige Zeugen an. Es ist dies Nachbildung der Badischen §§. 466 und 467. Der Hessische Entwurf enthält aber (wenigstens mit entschiedener Verbesserung des Badischen Gesetzes) in §. 982 83: Aus einer wo auch Verwandte, Verschwägerte in gewissen genannten Fällen als zulässige Zeugen erklärt werden. Dagegen ist es zu bedauern, daß der Hessische Entwurf den der Praxis im Badischen wohlthätig sich bewährenden Art. 969 wegläßt.

vorkommende Streitfragen zu beseitigen, lehrt §. 154 über die Beweiskraft strafgerichtlicher Erkenntnisse. Die Frage ist in neuester Zeit eine der bestrittensten und in den neuen Gesetzbüchern sehr verschieden entschieden, ebenso wie die Rechtssprüche der obersten Gerichte, und die Ansichten der wissenschaftlichen Juristen verschieden sind. Während einige Gesetzbücher unbedingt den Satz aufstellen, daß das Criminalurtheil die Strafrichter binde[20]) und auch der hessische Entwurf dies aufstellt[21]), lassen andere Gesetzbücher das Strafurtheil nur wirken, bis der Gegenbeweis geführt ist. Diese Ansicht scheint auch zum Theil in dem Oldenburgischen Entwurf Art. 154 angenommen, wenn er vorschreibt, daß die Thatsache welche im Strafprozeß durch ein rechtskräftiges Erkenntniß der zuständigen Gerichte als erwiesen festgestellt ist, dadurch noch für den bürgerlichen Prozeß erwiesen wird, vorbehaltlich des Gegenbeweises, wenn und in so weit nicht durch das Erkenntniß eine Partei verurtheilt ist. Blickt man auf den Rechtszustand in Frankreich, also in dem Lande, dessen Gesetzgebung zwar über den in Frage stehenden Punkt nichts enthält, während in Frankreich die Rechtsübung und die Wissenschaft am Meisten sich mit der Frage beschäftigt, so kann man nicht unbeachtet lassen, daß der bedeutendste Criminalist Frankreichs Helie[23]) entschieden die Rechtskraft des Urtheils in Streitsachen für den Civilprozeß in

20) Z. B. in der Zürcher Strafprozeßordnung §. 13, in Oesterreich. Strafprozeßordnung §. 4 wenigstens dort in Bezug auf Urtheile über die Frage von Gültigkeit einer Ehe (allgemein aufgestellt in Hye leitende Grundsätze S. 104).

21) Der Art. 11 bestimmt: daß wenn der Beschuldigte im Strafverfahren verurtheilt ist, diese Entscheidung auch für das bürgerliche Verfahren bindend ist, ohne daß ein Gegenbeweis oder Beweis, daß das Strafurtheil auf falsche Beweise gebaut war, nöthig wäre. Ist der Beschuldigte frei und losgesprochen, weil er der angeschuldigten That nicht schuldig befunden worden, so ist auch dies Urtheil für das bürgerliche Verfahren bindend. Erfolgt die Freisprechung deswegen, weil die That kein Verbrechen oder zur Zeit nicht mehr strafbar war, so ist die Freisprechung ohne Einfluß auf bürgerliches Verfahren.

22) Hannoversche Strafprozeßordnung §. 47, s. auch die Niederländ. Civilgesetzbücher Art. 1955 und meine Nachweisungen in meinem Strafverfahren S. 47 in Note 2.

23) Helie instruction criminelle III. p. 781.

Abrede stellt, und daß in neuester Zeit noch von den tüchtigsten Schriftstellern Frankreichs, welche die Rechtskraft des Strafurtheils vertheidigen[24]), der Grundsatz doch nur mit vielen Unterscheidungen anerkannt wird. Die Verschiedenheit der Aussprüche der obersten Gerichte in Deutschland[25]) sowie der wissenschaftlichen Erörterungen[26]) mag es rechtfertigen, wenn der Gesetzgeber durch eine klare Vorschrift den Streit abschneidet, und das verurtheilende Straferkenntniß als bindend für den Civilrichter erklärt; wir geben aber dann dem Oldenburgischen Entwurf den Vorzug, welcher doch den Gegenbeweis gestattet nach dem Vorbilde der Niederländischen Gesetzgebungen welche sich in der Rechtsübung als wohlthätig bewährt[27]). Die Fassung des Art. 154 ist aber unklar[28]). Eine Vorschrift wie sie der Hessische Entwurf enthält, bedarf erst jedenfalls einer Beschränkung, nämlich daß die Rechtskraft des Strafurtheils doch nur dem Verurtheilten gegenüber wirkt[29]). Auch sollte (ohne

24) Trebutien cours du droit penal II. p. 654. Bertauld questions et exceptions prejudicielles p. 123. Lagrange in der Revue critique 1856 Janvier. p. 31.

25) Z. B. für die Annahme der Rechtskraft, Ausspruch des Preußischen Obertribunals in den Entscheidungen des Obert. XXVII. S. 231 des Bair. Oberappellationsgerichts in Blätter für Rechtsanwendung 1855 No. 8. Gegen die Annahme der Rechtskraft, Urtheil des Oberappellationsgerichts zu Dresden in Seufferts Archiv II, No. 103. Oberappellationsgericht von Darmstadt in Seufferts Archiv VIII, S. 418.

26) Zimmmermann in der Zeitschrift für Civilrecht XII, S. 217. Busch im Archiv der Civil. Prax. XXXIII, S. 63, ist aber besonders gegen Annahme der Rechtskraft Schwarze in Zeitschrift für Rechtspflege in Sachsen X, S. 231 und Simon im Civil Archiv XXXIX, No. XI.

27) Wir bitten in Fällen sich zu erinnern, in welchen Jemand wegen Körperverletzung zur Strafe verurtheilt ist, und wenn der Beschädigte im Civilprozesse Entschädigung verfolgt, Nothwehr geltend macht, und sie vollkommen beweist. Soll dies unzulässig sein?

28) Vorzüglich wegen der Schlußworte, denn der Ausdruck: warum und in so weit läßt glauben, daß da, wo der Angeklagte verurtheilt war kein Gegenbeweis zulässig sein soll.

29) Wenn z. B. A wegen Bigamie verurtheilt wird, weil er bei Lebzeiten der B die C heurathet und zwar seiner Einrede ungeachtet, daß die Ehe mit B ungültig sei, soll dann die B gehindert sein, im Civilprozesse die Richtigkeit ihrer Ehe darzuthun? Wenn D wegen Fälschung einer Urkunde verurtheilt wird, und hinterher im Civilprozesse E auf die Urkunde als eine

die nicht durchzuführende Unterscheidung des hessischen Entwurfs) allgemein anerkannt werden, daß durch ein lossprechendes Urtheil des Strafgerichts das bürgerliche Gericht nicht gebunden wird[30].

Wenn wir auf diese Art anerkennen, daß der Gesetzgeber veranlaßt werden kann, Streitfragen über wichtige Punkte abzuschneiden, so müssen wir die oben angeführten Lücken im Entwurfe z. B. in Bezug auf Intervention, Litis-Denuntiation nominatio auctoris für sehr bedenklich erklären, da eben bei diesen Handlungen über das zu beobachtende Verfahren viele Streitigkeiten schon im gemeinen Prozesse vorkommen, aber noch mehr in Oldenburg bei dem neu eingeführten mündlichen Verfahren hervortreten werden, so daß eine gesetzliche Anordnung durchaus nothwendig ist.

Wir wollen nun über den Hauptinhalt des Entwurfs und den Gang des darnach vorgeschriebenen Verfahrens nähere Nachricht geben.

Der Entwurf gibt zuerst Vorschriften über die Zuständigkeit der Gerichte. Besondere Beachtung verdienen die Bestimmungen, durch welche die besonderen Gerichtsstände z. B. des Vertrags der belegenen Sache (§. 16. 19) nicht als exclusiv, sondern neben dem Gerichtsstand des Wohnsitzes concurrirend nach der Wahl des Klägers erklärt werden. Der gewillkürte Gerichtsstand (26) ist ausgedehnt zugelassen, so daß die Parteien nicht gehindert werden, Sachen die an das Obergericht gehören an ein Amtsgericht, oder umgekehrt zu bringen, auch durch stillschweigende Prorogation, wenn der Beklagte nicht innerhalb der zur Erledigung über die Klage bestimmten Frist, die Einrede der Unzuständigkeit vorschützt; das prorogirte Gericht kann aber die Ueber=

---

gültige und ächte sich beruft, soll auch dem E gegenüber rechtskräftig die Falschheit der Urkunde angenommen werden? Man erkennt in Frankreich, daß durch solche Annahmen alle Grundsätze von der Rechtskraft zerstört würden.

30) Es ist in Frankreich allgemein anerkannt (neuerlich durch ein gutes Arrêt vom 20. Januar 1851) daß Freisprechung (ohne Rücksicht ob Jury nicht schuldig erklärte, oder ob das Gericht Absolution aussprach) keine civilrechtliche Verfolgung hindern kann; wenn die Jury nicht schuldig erklärt, so geschieht es entweder weil sie die That nicht für bewiesen annimmt, oder eine strafrechtliche Einrede als unbegründet ansieht.

nahme des Streits ablehnen[31]). Uns scheint, daß die Gestattung der Prorogation an Amtsgerichte in Sachen, die vor die Kollegialgerichte gehören, sehr bedenklich ist. Hat sich der Gesetzgeber durch das öffentliche Interesse leiten lassen, daß wichtigere Rechtssachen gründlich verhandelt und entschieden werden und hat er mit der Ueberzeugung, daß Kollegialgerichte hiezu mehr geeignet sind als Einzelnrichter, die Sachen an Kollegialgerichte gewiesen, so sollte er (schon im Geiste der L. 38 D. de pactis) nicht gestatten, daß die Parteien, welche Erfahrungsgemäß oft die Tragweite einer solchen Prorogation nicht beurtheilen können und sich nur durch die Rücksicht leiten lassen, daß durch den naheliegenden Einzelrichter die Sache rasch und mit wenig Kosten entschieden wird, die an Kollegialgerichte gehörige Sache an das Amtsgericht bringen, um so weniger, als bei der stillschweigenden Prorogation eine vor ein unzuständiges Gericht geladene Partei leicht aus Unkenntniß ihrer Befugnisse und der Folgen der Unterlassung die Einrede der Unzuständigkeit nicht vorschützt[32]).

Eine Lücke enthält der Entwurf darüber, wie weit ein Oldenburgisches Gericht schuldig ist, die von einem Ausländer gegen einen Ausländer angebrachte Klage anzunehmen[33]), wobei die Rücksicht entscheiden wird, daß die Gerichte nicht ohne Noth durch solche Klagen (bei denen so oft Gesetze des Auslands geltend gemacht werden) belästigt werden sollen. Für bedenklich halten wir den §. 35, welcher den Perhorescenzend gestattet, der Erfahrungsgemäß leicht dem Mißbrauche unterliegt. Nach §. 56 wird das Recht der Gerichte ausgesprochen, persönliches Erscheinen der Parteien zu verordnen, wenn sie auch Bevollmächtigte bestellten. Der §. 68

31) Auch der Hessische Entwurf §. 34 stellt diesen Grundsatz auf.

32) Es darf freilich nicht verkannt werden, daß durch die Gestattung der Prorogation Vortheil erreicht wird, daß den Parteien, welche die Nachtheile, an das entfernte Kollegialgericht die Sache zu bringen, vermeiden wollen und volles Vertrauen zu dem vielleicht als kenntnißreich nnd tüchtig bekannten Amtsrichter haben, dies möglich gemacht wird.

33) Der Hessische Entwurf Art. 46 läßt Ausländer, die keinen allgemeinen Gerichtsstand im Lande haben, von andern Ausländern nur belangen vor dem Gerichte, von welchem ein besonderer Gerichtsstand begründet ist und Art. 47 gibt in Sachen der Ausländer gegen Ausländer kein Forum der Vorderklage und keine Prorogation vor dem inländischen Gerichte zu.

und 72 führen auch in Civilsachen die Thätigkeit des Staatsanwalts (in wesentlichen nach dem Vorbilde des französischen Code) ein. In Bezug auf die allgemeinen Vorschriften über das Verfahren bestimmt §. 75, daß die Schriften der Parteien nur Thatsächliches enthalten sollen (nöthigenfalls unter Angabe des Rechtsgrunds), Rechtsausführungen werden als unzulässig erklärt. Nach Art. 76 ist der antizipirte Beweis gestattet, ohne daß daraus, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich erklärt ist, eine Uebernahme der Beweislast oder ein Verzicht auf weiteren Beweis gefolgert werden darf. Als Einlassungshindernde Einreden werden nach §. 78 nur zugelassen 1) der Gerichtsstandablehnende, 2) die Einrede der durch rechtskräftige Entscheidung, Eid, Vergleich beendigten Sache, Einrede der Verjährung aber nur dann, wenn der Beweis, so weit er nöthig ist, zugleich mit der Behauptung der Einrede durch öffentliche Urkunden angetreten wird. Die bekannte Streitfrage über die cautio pro reconventione ist in §. 83 dahin entschieden, daß eine solche nur vom Inländer, welcher von einem Ausländer belangt ist, gefordert werden kann, und nur wenn die Widerklage mit der Vorklage nicht zugleich verhandelt wird. Diese Caution ist als cautio de judicio sisti erklärt; als gesetzliche Folgen der Versäumung sind erklärt (98) das anzunehmende Zugeständniß der Thatsachen, worüber sich der Versäumende erklären sollte, der Verlust des Rechts zu sonstigen Erklärungen oder Handlungen, die der Versäumende abzugeben hatte und Kostentragung. Nach 99 bedarf es zum Eintritt der gesetzlichen Nachtheile keiner Androhung durch das Gericht, noch eines Antrags des Gegners oder einer den Nachtheil aussprechenden Verfügung des Richters. Diese Anordnungen haben den löblichen Zweck die Prozesse abzukürzen; allein wir haben zu lange (seit 1811) in Spruchkollegien Gelegenheit gehabt, ähnliche Vorschriften einzelner deutschen Länder in ihrer Wirkung zu beobachten und wissen, daß solche gutgemeinten Vorschriften (die mit dem Prinzip des bürgerlichen Prozesses und mit den seit Jahrhunderten im Volke eingewurzelten Vorstellungen im Widerspruche stehen), nachtheilig in der Rechtsübung wirken, dem Richter die Verpflichtung auflegen, beständig den Kalender zur Hand zu nehmen und zu zählen, ob nicht in einem Prozesse ein Termin versäumt ist.

Solche Vorschriften setzen bei den Bürgern eine — nicht vorhandene — genaue Rechtskenntniß voraus, sie führen zum Siege des formellen Rechts auf Kosten des materiellen, verhindern den Einfluß einer gewissen Billigkeit, die immer im Prozesse herrschen muß [34]) und veranlassen eine Masse von Restitutionsgesuchen [35]). Nach 101 sind die Sitzungen der Gerichte öffentlich, jedoch nur für erwachsene Personen. Das Gericht kann aber mit Angabe des Grundes für die ganze Verhandlung oder für einen Theil die Oeffentlichkeit ausschließen a) auf übereinstimmenden Antrag beider Parteien b) auf Antrag des Staatsanwalts oder von Amtswegen, wenn Gefahr für die Sittlichkeit oder für die öffentliche Ordnung (wir bedauern, daß durch diesen unbestimmten Ausdruck der beliebigen Beschränkung der Oeffentlichkeit ein weites Thor geöffnet ist) zu besorgen ist. — In Bezug auf die Abänderung der von den Parteien vorgebrachten Thatsachen und Anträge ist das Recht sie zu erläutern, zu berichtigen und rechtlich zu begründen in §. 105 gegeben, dagegen nach §. 106 die Aenderung der im schriftlichen Vorverfahren abgegebenen thatsächlichen Erklärungen und das Vorbringen der nach dem Inhalt der schriftlichen Vorverhandlungen bereits ausgeschlossenen thatsächlichen Erklärungen oder Beweismittel nur mit Zustimmung des Gegners oder im Wege der Restitution zulässig. Wir werden unten im Zusammenhange mit der Prüfung des neu vorgeschlagenen mündlichen Verfahrens die Unzweckmäßigkeit dieser Vorschrift nachzuweisen suchen. —

Nach §. 121 muß das Beweiserkenntniß den Beweissatz und die Beweislast feststellen und in dem Ersten die Thatsachen, welche erwiesen werden sollen, genau angeben [36]). Das Erkenntniß hat

34) Wie oft geschieht es, daß eine (durch manche traurige Familienverhältnisse entschuldigte) Partei um 2 Tage den Termin versäumt, der Gegner (oder der Anwalt) kennt diese Ursache, es fällt ihm nicht ein, den Ungehorsam anzuklagen.

35) Weit zweckmäßiger sind hier die Vorschriften des Hessischen Entwurfs §. 668 u. 81. Die Bestimmungen des Hannoverschen Gesetzbuches bewähren sich nach der Erkundigung gut.

36) Wann wird man in Deutschland einsehen, daß diese Präcision der Thatsachen durchaus nothwendig ist und daß die noch immer in Sachsen fortdauernde Sitte, im Beweisurtheil dem Kläger nur den Beweis des Grundes seiner Klage aufzulegen eine verderbliche ist?

die Wirkung des Beweissatzes auf die endliche Entscheidung, so bestimmt als es die Lage der Sache gestattet, auszusprechen; wenn es an einer solchen Bestimmung fehlt, so kann auf Ergänzung angetragen werden. Die Motive enthalten hiezu eine sehr gute Ausführung [37]) und rechtfertigen die Vorschrift, daß die Verbindung der Beweisantretung mit der Behauptung nicht gefordert ist. Nach unserer Erfahrung führt die Vorschrift, welche diese Verbindung gebietet, zu großen Härten, weil die Rechtsuchenden die Vorschrift nicht kennen, oder weil die Unterlassung sich oft daraus erklärt, daß der Kläger nicht annehmen kann, daß der Beklagte unverschämt genug sein wird, die Thatsachen zu läugnen. Die Vorschrift veranlaßt aber auch häufig ein grundloses Läugnen jenseitiger Behauptungen, weil der Beklagte wenn er sieht, daß von dem Kläger kein Beweis vorgebracht wird, es wagen kann zu läugnen und dann sicher ist, daß der Kläger abgewiesen wird. Daher haben auch die Gerichte in Baden, wo 1831 bei Sachen unter 100 fl. die sofortige Beweisantretung vorgeschrieben war, allerlei Auswege erdacht, um dem materiellen Rechte den Sieg zu verschaffen. In Bezug auf die Frage: ob ein Beweisurtheil, welches rechtskräftig werden kann, oder ein Beweisdekret (z. B. in Preußen, Baden, Würtemberg) vorgeschrieben werden soll, haben die Motive S. 184—189 sehr gut die Gründe für und wider entwickelt und kommen, wie wir überzeugt sind, mit Recht dazu, die Vortheile des der Rechtskraft fähigen und appellablen Beweisinterlokuts für überwiegend zu erklären. Auch hier liefert die Erfahrung das beste Material zur Beurtheilung des Werths des einen oder andern Systems. Während in den Ländern, in welchen nur Beweisdekrete erlassen werden, allerdings Prozesse beschleunigt werden, in so fern Appellationen gegen Beweisurtheile wegfallen, so wird auf der andern Seite Verzögerung herbeigeführt, weil häufig der endlich entscheidende Richter oder das Obergericht, da es annimmt, daß das frühere Beweisdekret unrichtig gefaßt war, nach einer langen Beweisführung, diese für irrelevant oder unvollständig erkannt und neuen Beweis auflegt. Wer den Zustand der Beweislehre kennt, weiß, daß die Frage über Beweislast

---

37) S. 183.

und Beweissatz mit den wichtigsten Streitfragen des Civilrechts zusammenhängt[38]), und daher, je mehr die neuen Forschungen der Juristen frühere Ansichten angreifen, eine große Verschiedenheit der Ansichten darüber, wer zu beweisen hat, und welche Thatsachen zu beweisen sind, unvermeidlich werden, so daß oft in Spruchkollegien Stundenlange darüber gestritten wird, ob das Beweisinterlokut richtig gefaßt war, zuletzt aber es für eine wahre Wohlthat des bisherigen gemeinen deutschen Rechts erkannt ist, daß durch das rechtskräftige Beweisinterlokut eine unabänderliche Grundlage für die Beweisführung und die Prüfung derselben gegeben war. Wir erinnern statt vieler Fälle nur an diejenigen, wo es darauf ankömmt, ob ein gewisser Vorbehalt in einem Rechtsgeschäft eine wahre Bedingung oder nur eine conditio tacita, ob sie im ersten Falle eine suspensiv oder resolutiv Bedingung ist und vor der suspensiv Bedingung zu beweisen hat.

Der Oldenburgische Entwurf enthält nun §. 141—190 Vorschriften über Beweis (den wir unten näher berühren werden), in 191—202 über Wiedereinsetzung und von §. 204—217 ist das Verfahren vor dem Amtsgerichte geordnet. Es ergibt sich aus dem Entwurf nicht, welche Competenz diese Gerichte haben sollen; allein wie sie das Ministerium auffaßt, zeigt der schon früher[39]) mitgetheilte Entwurf der Gerichtsverfassung. Die Stellung des Amtsrichters soll die des französischen Friedensrichters, oder des hannöverschen Amtsrichters sein. Das Verfahren ist mündlich (204) und die Verhandlung verschieden nach der Art des gestellten Antrags[40]). Die Verhandlung der Sache geschieht so, daß in einem Termine die Klage vorgebracht und begründet, und alle Erklärungen des Beklagten, und wieder die der Replik

38) Der Hessische Entwurf enthält §. 406—409 eine Reihe von Sätzen worin Regeln über Beweislast aufgestellt werden; man muß gestehen, daß diese Regeln dem jetzigen Stand der Wissenschaft gemäß sind; aber es ist leicht nachzuweisen, daß sie nur mit vielen Unterscheidungen und Ausnahmen als richtig angenommen werden können und unvollständig sind.

39) Dies Archiv 38. Bd. S. 293.

40) Nach 206 soll der Antrag des amtsgerichtlichen Verfahrens bestimmt angeben, ob ein Vergleichsversuch oder Verhandlung der Sache oder beides beantragt werden soll.

und Duplik entsprechende mündliche Vorträge aufgenommen werden. Das Amtsgericht kann ausnahmsweise wegen Weitläufigkeit oder Verwickelung der Sache ein Beweiserkenntniß fällen, regelmäßig aber haben die Parteien sofort im Termine die sämmtlichen Beweis- und Gegenbeweiserklärungen und Einwendungen dagegen vorzubringen.

In Bezug auf das Verfahren vor dem Obergerichte (also dem Kollegialgerichte, an welches alle nicht an die Amtsrichter gewiesenen Sachen in erster Instanz gelangen), ist mündliches Verfahren vor dem urtheilenden Richter eingeführt, allein über den Umfang der Durchführung dieses Prinzipes erklären sich die Motive S. 161, daß der Gesetzgeber zwischen zwei Systemen zu wählen hatte 1) dem französischen (in der hannov. Prozeßordnung jedoch mit vielen Verbesserungen angenommenen) und 2) dem Preußischen seit 1833. Nach dem Ersten liegt die reine Mündlichkeit zum Grunde, so daß die Parteien gleichzeitig vor den Richter treten, ihre Sache vortragen und das Gericht auf den Grund des vorgetragenen Materials über den vorgelegten Fall entscheidet, das vorausgehende Verfahren zur Instruktion der Sache nur ein außergerichtliches ist.

Das Zweite läßt die Sache in thatsächlicher Beziehung unter Leitung des Gerichts vollständig zum Zwecke der Urtheilsfällung instruiren, und dann erst eine mündliche Schlußverhandlung eintreten, deren Grundlage das schriftlich aufgestellte Ergebniß der Vorverhandlung ist. Die Motive erklären, daß man dem zweiten System den Vorzug gegeben, weil ein plötzlich radikal das Bestehende umgestaltendes Verfahren bedenklich (für Richter, Advokaten und Parteien) sein würde, weil das französische Verfahren keine genügende Grundlage gibt (?), — bei reiner Mündlichkeit die Eventualmaxime nicht durchzuführen und Gestattung des neuen Vorbringens unvermeidlich sein wird, das zweite Verfahren eine größere Garantie für richtige Urtheilsfällung gewähre. Darnach ordnet der Entwurf das Verfahren auf folgende Art. Nach §. 218 sind Parteiverträge, welche nicht in einem Termine erhoben werden, schriftlich einzureichen. Das Obergericht darf auf keine Klage eintreten, wenn nicht der vorausgegangene Vergleichsversuch vor dem Amtsgericht bescheinigt ist. Nach 221 wird die

Klage[41]), wenn das Obergericht auf sie eintritt, zur Vernehmlassung der Beklagten, diese den Kläger rc. bei Strafe des Eingeständnisses der thatsächlichen Behauptung des Gegners und Verlusts der Einreden, Repliken rc. mitgetheilt, worauf dann vom Instruenten (dem zur Leitung der Sache beauftragten Richter) Termin zur mündlichen Schlußverhandlung mitgetheilt wird. In der Sitzung trägt der Vorsitzende oder der Instruent den thatsächlichen Inhalt der schriftlichen Verhandlungen und der Anträge der Parteien vor. Die Parteien haben die Uebereinstimmung dieses Vortrags mit dem Inhalt der schriftlichen Verhandlungen zu überwachen, in einfachen Sachen darf der Vortrag des Richters unterbleiben und es kann sofort den Parteien das Wort gegeben werden; in verwickelten Fällen kann der Vorsitzende anordnen, daß vor der Sitzung die Akten zur Einsicht bei den Mitgliedern in Umlauf gesetzt werden, daß dies geschehen ist, den Parteien bei dem Beginnen der Sitzung zu eröffnen und wenn weitere Verhandlungen über die Thatsachen nicht erforderlich sind, den Parteien sofort das Wort geben, rechtliche Begründung ihrer Anträge zu geben. Nach den Motiven S. 189 wird der hier vorgeschriebene einleitende Vortrag des Vorsitzenden die Verhandlungen abkürzen und die leichtere und kürzere Auffassung bewirken; das vorherige in Umlauf Setzen der Akte wird für besser erklärt, als wenn die Richter, welche durch die mündlichen Vorträge keine genügende Uebersicht genommen haben, die Akten nachher lesen müssen. Wir begrüßen mit Freude den Oldenburgischen Entwurf, in so ferne er von dem Grundsatz ausgeht, daß vor Kollegialgerichten in erster Instanz ein mündliches öffentliches Verfahren vor dem versammelten Gerichte eingeführt werde und weil er überall von der Achtung des Advokatenstandes ausgeht. Wir verkennen nicht, daß eine schriftliche Vorverhandlung als Einleitung in vielen Fällen zweckmäßig sein und eine solche unter Leitung des Gerichts angeordnet werden kann; allein wir können große Bedenklichkeiten gegen die Art der Durchführung im

41) Nach 219 sind Ausnahmen von dieser Vorschrift anerkannt 1) bei Arrestnachsuchung, 2) Intervention, 3) Widerklage, 4) Executivprozeß, 5) bei Klagen gegen Personen die außerhalb sich aufhalten, 6) wenn die mit dem Vergleichsversuch verbundene Verzögerung einen erheblichen Nachtheil für Kläger besorgen läßt rc.

Entwurfe nicht unterdrücken. Der Verfasser des gegenwärtigen Aufsatzes hat seit 1809 durch seine amtliche Stellung, wie durch die Nothwendigkeit in eigenen Angelegenheiten Prozesse in verschiedenen Ländern nach sehr verschiedenen Gesetzgebungen führen zu müssen und auf eigene Kosten die Schattenseiten der Rechtspflege kennen zu lernen, sowie durch längern Aufenthalt in verschiedenen Ländern Deutschlands, und in Frankreich, Belgien, Italien und England, Gelegenheit gehabt, die verschiedene Art der Rechtspflege zu beobachten, und die Stimmen der Richter, Anwälte und der Bürger über Vor- und Nachtheile der verschiedenen Gesetzgebungen zu hören, während die Theilnahme an drei beschäftigten Spruchkollegien die besten Mittel darbot, zu beobachten, wie die in den verschiedenen deutschen Staaten oft gehäuft auf einander folgenden Prozeßgesetze sich bewährten. Das Ergebniß dieser Beobachtungen ist, daß in den meisten Staaten Klagen über die Rechtspflege vorkommen, daß am wenigsten in den zu deutschen Staaten gehörigen Rheingegenden (Rheinpreußen, Rheinbaiern, Rheinhessen) also in Gegenden gehört werden, in welchen der französische Prozeß gilt, jedoch mit wesentlichen Verbesserungen, welche bewirken, daß der in deutschen Staaten in Uebung befindliche französische Prozeß in seiner Durchführung wesentlich von dem in Frankreich bestehenden Verfahren sich zu seinem Vortheile unterscheidet, weil die in Deutschland vorkommende größere Strenge in der Anstellung der Richter, Staatsanwälte, Zulassung der Advokaten bewirkt, daß nur tüchtig auch wissenschaftlich umfassend gebildete Männer zu dem Richterstande (auch bei den Friedensrichtern) und Advokatenstande gehören; ferner ergeben sich die Beseitigung der französischen Unterscheidung von avoué und avocat mit dem unseligen Kauf der Stellen der Ersten und die strenge Ueberwachung der Notare und der Gerichtsvollzieher als wohlthätig auf die bessere Führung und Entscheidung der Prozesse wirkende Einrichtungen[42]. Eine entschiedene Anerkennung, daß die Rechtspflege wesentlich verbessert

---

42) Wir wollen von vielen Beispielen nur Eines hervorheben aus dem neuesten Bericht (1856) über die Rechtspflege in der Baierischen Pfalz: Im vorigen Jahre wurden von dem Bezirksgerichte 767 definitive, 539 interlokutorische Urtheile erlassen. An das Appellationsgericht wurden nur 79 Be-

ist, und immer mehr Vertrauen genießt, zeigt sich in Preußen seit 1833 vorzüglich 1846 und man bedauert nur, den Mangel einer umfassenden aus einem Gusse fließenden Prozeßgesetzgebung, da der Richter aus der nicht immer leicht zu vereinigenden fortdauernden Gerichtsordnung von 1793, dem Gesetze von 1833, dem von 1846 und einigen andern nachfolgenden Gesetzen ein Ganzes sich construiren muß[43]). In Bezug auf den hannöverischen Prozeß ergeben sorgfältige Erkundigungen, daß die in diesem Archive mitgetheilten[44]) günstigen Zeugnisse über die Wirksamkeit der neuen Prozeßordnung von dem Rechtsuchenden, wie von den Juristen bestätigt werden. Nicht weniger günstig äußert sich die öffentliche Stimme in Braunschweig[45]) über die Vortheile des

---

rufungen gebracht, 50 Urtheile wurden erlassen; in 29 erfolgte Bestätigung, in 17 theilweise, in 4 völlige Abänderung des vorigen Urtheils.

43) Ueber die Art der Verbindung dieser Gesetze s. Koch der preuß. Civilprozeß, Berlin 1855 und Heffter Civilprozeß rc. Berlin 1856. Nach der preuß. Statistik kamen 1853 386,392, 1854 407,313, 1855 409,238 Bagatellsachen, 1853 45,783, 1854 46,076, 1855 43,308 Injuriensachen vor; die zur sofortigen mündlichen Verhandlung betrugen 1853 37,234, 1854 44,898, 1855 44,200; ordentliche Prozesse (verhandelt nach Gesetzen 1833, 1846) waren 1853 120,714, 1854 123,273, 1855 121,135. Nach der Gerichtsordnung wurden verhandelt 1853 122, 1854 79, 1855 66. Man bemerkt, daß die Bagatellsachen 62 Procent aller Prozesse ausmachten. Merkwürdig ist, daß von den 509,063 Prozessen von 1855 durch Vergleich 89,232, durch Entsagung 130,967, durch Agnition oder Contumacialerkenntniß 100,305; durch Erkenntniß auf kontradiktorische Verhandlung 188,559 Prozesse erledigt wurden (also bei der kleinern Zahl ein Urtheil nöthig wurde). In Bezug auf die Dauer der Prozesse bemerkt man, daß seit 3 Jahren ein Bagatellprozeß 3, ein zur mündlichen Verhandlung gewiesener 2, ein ordentlicher Prozeß 6 Monate dauerte.

44) S. die Aufsätze von Oppermann in diesem Archive Bd. XXXVII, Nr. 16, XXXVIII, Nr. 2 u. 11.

45) Nach der Braunschweigischen Statistik kamen bei den Einzelnrichtern (Amts- und Stadtgerichten die bis 50 Thlr. in Besitz strenge entscheiden) vor: 1188 aus dem J. 1854 anhängige, 451 neu wiederaufgenommene, 29,900 durch neue Klagen eingebrachte Prozesse — erledigt wurden davon 20,877. Bei den Kollegialgerichten erster Instanz waren 1855 mit 1. Januar noch anhängig 476, wieder aufgenommen 71, mit neuern Klagen 1266 — davon am Ende 1855 1249 erledigt, Berufungen gegen Urtheile der Einzelnrichter kamen 1855 vor 274 (davon 118 bestätigt). Gegen Urtheile der Kreisgerichte kamen bei dem Obergerichte neue 248 Berufungen vor (103 abändernde, 128 bestätigende Urtheile erfolgten).

neuen Prozeßgesetzes, wenn auch in Hannover sowohl als in Braunschweig nicht verkannt wird, daß manche Verbesserungen (wir werden darüber besondere Aufsätze von Praktikern liefern) unvermeidlich sind. Man hat in neuerer Zeit zuweilen gerne die Verminderung der Zahl der Civilprozesse in einem Staate als die glückliche Folge der guten Wirksamkeit der neuen Gesetzgebung des Landes oder der Verbesserung moralischer Zustände erklärt, während Andere in der Vermehrung der Prozesse Zeichen unglücklicher Zustände dieser Art, oder gesunkenen Wohlstandes ableiten. Alle diese Erklärungen beruhen häufig auf einer Selbsttäuschung. Wir wiederholen, was wir auf dem statistischen Congresse in Brüssel vor 3 Jahren bemerkten, daß die gerichtliche Statistik, vorzüglich die in bürgerlichen Sachen, bisher auf mangelhaften Grundlagen beruht, da sie nicht genug in Einzelnheiten eingeht, und mit allgemeinen aus dem Zusammenwerfen verschiedenartiger Verhältnisse gewonnenen Zahlen sich begnügt, welche leicht mißbraucht werden können, weil man in die Gründe und Ursachen der einzelnen häufig örtlichen Verhältnisse nicht eingeht. Es ist gewiß, daß mangelhafte Besetzung der Gerichte, die nicht Vertrauen einflößt, und eine Gesetzgebung, die nicht Gründlichkeit der Urtheile sichert, erheblich auf Verminderung der Zahl der Prozesse wirkt[47]; die oft temporär durch besondere Ereignisse bestimmt wird[48]) und

---

46) Es ist in der Criminalstatistik nichts gewonnen, wenn man aus der durch Zusammenwerfen aller Arten von Straffällen gewonnenen Zahl Schlüsse über Sinken oder Wachsen der Moralität ableitet, und ebenso liefert die Civilstatistik durch Zusammenzählen aller möglichen Prozesse keine sichere Grundlage.

47) Die franzöf. Civiljustizstatistik gibt die merkwürdige Erscheinung, daß in manchen Bezirken auffallend wenige Prozesse vorkommen. Erkundigt man sich genauer, so erfährt man, daß in dem Bezirke Gerichte sind, deren Mitglieder auf keine Art (wegen Mangel von Kenntnissen oder Charaktereigenthümlichkeiten) Vertrauen einflößen.

48) Dieß zeigt sich auffallend nach der neuesten braunschweig. Statistik, wo im Jahre 1855 die Zahl der neu eingebrachten Klagen um das Doppelte die der vorigen Jahre überstieg. Wenn man erfährt (Zeitschrift für Rechtspflege in Braunschweig 1856 S. 98), daß ein neues Gesetz hierzu Verjährungsfristen für persönliche Klagen einführt, so begreift man, daß nun der zahlreiche Stand der Handel- und Gewerbetreibenden eilt, noch vor Ablauf der Frist die Klagen einzubringen.

wobei Armuth oder Wohlstand einer Gegend[49]) ebensowohl oft die Prozesse vermindernden als vermehrenden Einfluß hat[50]).

Die allgemeinste Erfahrung aller Länder in Bezug auf Prozeßführung bezieht sich auf die große Verschiedenheit der Prozesse; während für eine große Zahl von Rechtsstreitigkeiten z. B. aus persönlichen Verbindlichkeiten ein einfaches Verfahren hinreicht, wobei der Betrag der Streitsumme gleichgültig ist, kommen oft unerwartet sehr schwierige Prozesse vor, die thatsächlich verwickelt sind, oder auf den schwierigsten Rechtsfragen beruhen, oder deren Entscheidung mit mühsamen historischen Forschungen, oder selbst mit staatsrechtlichen Fragen zusammenhängen. Das Unglück ist, daß manche Gesetzgeber alle diese Prozesse zusammenwerfen und für sie die nämliche Prozeßform einführen wollen. Wer mag glauben, daß die nämliche Prozeßform, die für Klagen aus Darlehen hinreicht, z. B. mündliche Verhandlung zu Protokoll auch für Instruktion und Entscheidung in einem Rechtsstreite genügen kann, in welchem eine adelige Familie von der Andern Herausgabe von Gütern fordert, mit Beziehung darauf, daß in der Familie Weiber nicht Liegenschaften erben konnten, und mit Bezug auf das alte Geislingerstatut, auf das Herkommen bei dem deutschen Adel, oder wo die schwierigsten Fragen des internationalen Privatrechts vorkommen, oder wo ein Rechtsstreit über Eigenthum an einem Kirchhofe, wo die Entscheidung von einer Reihe von den nur durch rechtshistorische Kenntnisse und gründliches Studium des Canon. Rechts richtig zu entscheidenden Fragen abhängt. Man hat neuerlich bemerkt, daß solche schwierige Prozesse vor Gerichten in größern Städten, nicht aber auf dem flachen Lande vorkommen werden. Dies ist ein großer Irrthum; wir sind bereit aus der Zahl der neuerlich uns bekannt gewordenen auf kleineren Aemtern

49) Man bemerkt, daß z. B. in Weinbau treibenden Gegenden, wenn mehrere schlimme Jahre eintreten, sehr viele Vollstreckungen vorkommen, während in Getreidebau treibenden Bezirken wenige nöthig werden.

50) Wo Wohlstand herrscht, werden viele Rechtsgeschäfte gemacht, aus denen Prozesse entstehen, während wieder der Wohlstand bewirkt, daß die Leute leicht bezahlen können, daher Prozesse nicht nöthig werden. Armuth vermindert Prozesse, weil die Bewohner keine Geschäfte machen können, sie vermehrt sie, weil die Schuldner ihre Zinsen nicht bezahlen können.

des flachen Landes verhandelten Streitigkeiten Fälle zu benennen, wo über die schwierige Frage über Servitutenverjährung in einem Prozesse, in einem Andern über die Gültigkeit eines in Spanien gemachten Testaments, in einem Andern über die Frage, welches Intestaterbrecht in Californien gilt, in einem Prozesse über die Beurtheilung eines staatsrechtlichen Akts von 1539, in Andern darüber zu verhandeln war, ob die Landesregierung einseitig die mit den Kammern zu Stande gekommenen Gesetze über Brandversicherung abändern konnte. Eine Gesetzgebung, welche davon ausgeht, daß wegen des Vorkommens solcher schwierigen Prozesse in Städten das Bedürfniß fordere, nur in den Städten Gerichte besser zu besetzen, als die Gerichte des flachen Landes, geht von irrigen Voraussetzungen aus. Ein weiser Gesetzgeber muß durch seine Prozeßordnung es möglich machen, daß schwierige Prozesse auch mit Formen und Garantieen, welche gründliche Entscheidung fordern, verhandelt werden können, wogegen einfache Prozesse auch in den einfachsten Formen erledigt werden können. Sammelt man die Stimmen der Praktiker der verschiedenen Länder, so ergeben sich zwei als entschieden anerkannte Ansichten, 1) die, daß die Verbesserung des Civilprozesses im genauesten Zusammenhange mit der Gerichtsverfassung steht, 2) daß die Sicherung einer würdigen Stellung der Anwälte unerläßlich ist. In der ersten Beziehung muß man ebenso die noch vielverbreitete irrige Vorstellung beklagen, daß die Einführung einer guten Prozeßordnung auch mit der alten bestehenden Gerichtsverfassung verbunden werden könne, als die Halbheit bedauern, mit der man Abänderungen in der Gerichtsverfassung einführt. Man muß vor dem Vorurtheil warnen, daß es nur auf eine gewisse Form, die man als Ideal aufstellt, ankömmt, ohne für die Belebung und den richtigen Geist der Durchführung der Form zu sorgen. **Wir werden im nächsten Hefte dieses Archivs mit Benützung des neuerlich gesammelten reichen Materials die Frage über die Gerichtsverfassung und ihren Zusammenhang mit dem Verfahren erörtern**[51].

---

51) Wir werden im nächsten Hefte die vier wichtigen neuen Erscheinungen 1) baier. Gesetz über Gerichtsverfassung (mit Verhandlungen) von 1856, 2) den belgischen Gesetzentwurf mit den Protokollen der Commission, 3) den

Hier genüge vorläufig nur die Bemerkung, daß es ein großer Irrthum sein würde, wenn man nur in der Einführung von Kollegialgerichten der ersten Instanz das beste Heilungsmittel aller Gebrechen unseres Prozesses erkennen, und dabei unbeachtet lassen wollte, daß eine Organisation, nach welcher in einem Lande eine große Zahl von den auch in kleine Städte vertheilten aus 3 Mitgliedern besetzten Gerichten angeordnet würde, den Rechtsuchenden keine Garantie der Gründlichkeit der Urtheile und Vertrauen erweckender Unabhängigkeit der Richter gewährt würde, indem das Gericht dann oft nur mit jüngern schlecht besoldeten und dadurch der Möglichkeit einer wissenschaftlichen Fortbildung beraubten Richtern besetzt sein wird, wo eigentlich der Vorsitzende die Urtheile macht. Dagegen deutet auf die Möglichkeit guter Justiz durch Einzelrichter die Erscheinung, daß in England die öffentliche Stimme immer mehr den nur mit einem Richter besetzten Grafschaftsgerichten vertrauensvoll sich zuwendet, selbst das hier ihnen dargebotene Mittel, die Beiziehung von Geschwornen verschmäht, weil diese Gerichte mit Männern besetzt sind, welche durch eine lange Uebung als Anwälte reiche Erfahrung und Gewandtheit in der juristischen Auffassung erlangt haben und sehr gut besoldet in eine unabhängige Lage gestellt sind. Am wenigsten wird dagegen eine Organisation auf Vertrauen rechnen können, in welcher in erster Instanz die Rechtspflege jungen schlecht besoldeten (oder selbst nicht eigentlich angestellten) Männern übertragen ist[52]). Als Ergebniß der Prüfung aller Rücksichten, darf angenommen werden, daß die Errichtung gut organisirter Kollegialgerichte erster Instanz (mit zweckmäßiger Ergänzung durch Einzelnrichter für kleinere Bezirke mit beschränkter Competenz) am besten den Bedürfnissen entsprechen wird, weil dabei am meisten auf gründliche Abwägung der Materialien der Entscheidung und auf die Entwickelung des Einflusses der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit gerechnet, auch für die Strafrechtspflege der nöthige Gerichtsorganismus geschaffen und vor

niederländischen Entwurf mit den Denkschriften des Ministers und der Generalstaaten, 4) den sardinischen Entwurf mit dem Commissionsberichte mittheilen.

52) Wir erinnern an die Klagen in Frankreich über die sogenannte Ergänzungsrichterjustiz.

allem eine würdige Stellung des Advokatenstandes möglich gemacht werden kann[53]. Nur mit großen Besorgnissen sieht der Freund des Rechts den Folgen einer vielfach von Oben begünstigten Ansicht entgegen, nach welcher der Stand der Anwälte mit Mißtrauen verfolgt, Alles angewendet wird, um in den Bürgern die Meinung zu verbreiten, daß sie an den Richtern ihre besten, wohlfeilsten und unpartheischen Rathgeber finden und daher die persönliche Erscheinung der Parteien am besten ist. Die Erschütterung des Rechtssinns im Volke, das gefährliche heimliche Wirken von Winkeladvokaten, die schlechte Stellung der Anwälte, die nicht mehr im Stande sind, die Mittel wissenschaftlicher Fortbildung sich zu verschaffen und der Nachtheil, daß die Richter der wohlthätigen Mitwirkung der Anwälte beraubt sind, werden die Folgen dieses Systems sein.

Ueberall aber drängt sich die Ueberzeugung auf, daß die Mittel der Verbesserung des bürgerlichen Prozesses tiefer gesucht werden müssen, und ein anderer Geist den Prozeß durchdringen muß. Wir deuten hier vorläufig nur die Hauptpunkte an. 1) Eine gründliche Verbesserung des Rechtszustandes kann nie gehofft werden, wenn nicht die vom Verfasser des gegenwärtigen Aufsatzes im vorigen Hefte[54] hervorgehobene Ansicht siegt, daß der Prozeß auf eine sittliche Grundlage und auf die Anerkennung der Pflicht der Parteien, Wahrheit vor Gericht zu sagen, gebaut werden muß. Damit wird dann die bisherige oft im Volke durch Anwälte, die ihre würdige Stellung nicht begriffen, unter der Herrschaft des schriftlichen Verfahrens, welches die Versuche den Prozeß in die Länge zu ziehen begünstigt, verbreitete Ansicht des Prozesses als eines Kampfes unverträglich sein, in welchem die Parteien als Feinde sich gegenüberstehen und möglichst einander zu schaden suchen, wo man es ganz in der Ordnung findet, wenn jede Partei möglichst von allen im reichem Maße durch die in einer großen Zahl formeller Vorschriften sich gestaltenden Prozeßgesetzgebung

---

53) Wir bitten unsere Leser die in diesem Archive XXXVIII, S. 294 mitgetheilte Stelle aus den Motiven des Oldenburg. Entwurfs über Gerichtsverfassung zu beachten.

54) Archiv XXXIX, S. 297.

gegebenen Befugnissen Gebrauch macht. Unter solchen Vorstellungen konnte die Eventualmaxime über alle Gebühr eine bedenkliche Ausdehnung gewinnen. Die Gesetzgebung muß zeigen, daß sie solche Ansichten mißbilligt, und durch geeignete Strafen des arglistigen Läugnens, durch Verbannung der Schriftlichkeit im bisherigen Sinne, durch die Benützung des Instituts der interrogatio in jure, durch Beschränkungen in der Anwendung der Eventualmaxime dem sittlichen Prinzipe und der Herstellung der Wahrheit im Prozesse den Sieg verschaffen. Damit wird dann auch die würdigere Stellung der Anwälte mit der Grundansicht, daß der Anwalt zu dem Gerichte gehört, um dem Richter zu helfen, Wahrheit und Recht zu finden[55]) und die erhöhte Achtung dieses Standes, sowie der vermehrte Einfluß gesichert sein, nach welchem es zur Sitte gehört[56]), daß die Bürger, wenn sie wichtige Geschäfte schließen, vorerst den Rath eines erfahrenen Anwalts einholen, und wenn ein Rechtsstreit droht, ihren Anwalt um Rath fragen, wo dann häufig durch das kluge Benehmen des Anwalts eine Verständigung der Gegner zu Stande kömmt[57]). 2) Die Verbesserung der Prozeßgesetzgebung muß vorzüglich auf die Umgestaltung der bisherigen Beweislehre gerichtet werden; wenn im Strafprozesse durch die Aufhebung der gesetzlichen Beweistheorie nach der allgemein anerkannten Ueberzeugung die Entdeckung der Wahrheit und Gerechtigkeit der Urtheile gewonnen worden ist, so ist nicht zu bezweifeln, daß dies auch in dem bürgerlichen Prozesse der Fall sein wird. Zwei vorzügliche Praktiker haben in diesem Archive[58]) die Frage erörtert, ob nicht auch für den Civilprozeß die Schranken der gesetzlichen Beweistheorie aufgehoben werden

---

55) S. dieß Archiv 39. Bd. S. 298.

56) In England in großen Städten haben fast alle bedeutende Fabrikanten, Bankiers ihre Anwälte, ohne deren Rath sie kein wichtiges Geschäft schließen und wenn ein Rechtsstreit droht, vorerst den Rath des Rechtsfreundes einholen.

57) Wir machen auf die würdige Auffassung der Pflichten des Advokaten in der Rede des Batonier in Paris am 22. Nov. 1856 (abgedruckt im droit 1856 Nr. 288) aufmerksam.

58) Busch im Bd. 37 S. 63, Bd. 39 S. 86, vergl. mit v. Krävel im Archiv Bd. 38 S. 12.

sollen. Vorzüglich nothwendig wird es jene durch Nachahmung des französischen Rechts in deutsche Gesetzbücher aufgenommene Beschränkungen der Beweismittel z. B. in Bezug auf Zeugenbeweis zu verbannen. Die Umgestaltung muß sich darauf richten a) im Geiste der oben bemerkten sittlichen Idee des Prozesses durch eine Belebung des Instituts der Interrogationes ein Mittel zur Erlangung des Geständnisses zu gewähren [59]) und zwar α) durch Benützung der in Italien fortdauernd erhaltenen Einrichtung, daß vor Eröffnung des Prozesses dem Kläger das Mittel gegeben wird, den Punkt der Legitimation zur Sache durch Befragung des Gegners festzustellen, β) die Befragung der Partheien über gewisse Punkte als Mittel zur Erlangung des Geständnisses möglich zu machen, b) es muß die möglichste Freiheit in dem Gebrauche der Beweismittel gestattet werden, und zwar α) durch Verbannung der Vorschriften, welche Zeugenbeweis bei Streitigkeiten über gewisse Summen ausschließen, β) durch Aufhebung der bisherigen Beschränkungen, wodurch gewisse Zeugen als absolut untüchtig erklärt werden, statt nach dem Vorbilde der in England seit 1843 eingeführten wohlthätigen Ansicht anzuerkennen, daß nur der Richter nach den Umständen des Falls zu beurtheilen hat, welchen Grad der Glaubwürdigkeit er einem Zeugen z. B. auch Verwandten beilegen will [60]), c) bei der Benützung der Beweismittel muß gesorgt werden, daß ihr Ergebniß treu und vollständig, auf die Weise, wie es im Strafprozesse für nothwendig zur Erforschung der Wahrheit erkannt wird, zur Kenntniß der urtheilenden Richter gelange [61]). d) In Bezug auf den Schiedseid muß die bisher eingeführte formelle Natur desselben, bei welcher der Wille der Parteien einen zu großen Einfluß hat, geändert und dem Richter möglich gemacht werden, da wo er überzeugt ist, daß der zum Eide sich Anbietende die Wahrheit nicht sagt, die Leistung des Eides nicht zuzulassen [62]).

---

59) Dieß Archiv Bd. 38 S. 299.

60) Der ausgezeichnete Praktiker Busch (Präsident) erkennt dieß auch in diesem Archive Bd. 39 S. 105 an.

61) Es muß dahin gewirkt werden, daß die Zeugen und Sachverständigen in Gegenwart der urtheilenden Richter vernommen werden.

62) Wir haben in diesem Archive nachgewiesen, daß in der Prozeßord-

3) Der Hauptpunkt der Verbesserung des Prozesses betrifft die Einführung der **Mündlichkeit**. Vergleicht man die neuesten Gesetzesarbeiten, welche sich rühmen, Mündlichkeit einzuführen, so überzeugt man sich bald, daß die nämliche Bemerkung, die bei der Prüfung neuer deutscher Strafprozeßordnungen sich aufdrängt, noch mehr in Bezug auf den bürgerlichen Prozeß anwendbar ist, nämlich daß die sogenannte gewährte Mündlichkeit mit so vielen Beschränkungen und Ausnahmen durchgeführt ist, daß der Sache nach das Wesen der Mündlichkeit zerstört wird, und auf Erreichung ihrer wahren Vortheile nicht gerechnet werden kann. Das Wesen der Mündlichkeit (oder Unmittelbarkeit nach neuerer Bezeichnung) liegt in einem Verfahren, nach welchem die Parteien oder ihre Vertreter den urtheilenden Richtern ihre Ansprüche, Behauptungen und Rechtsgründe, so wie die Einwendungen und die Erklärungen über vorgetragene Behauptungen und Gründe, ferner die Beweise so vortragen, daß die Richter sicher sind, daß die Materialien ihrer Entscheidungen treu und vollständig und unter beständiger Einwirkung der Parteien und der Möglichkeit für die Richter jeden Zweifel zu beseitigen, zur Kenntniß kommen. Die Hauptfrage ist, wie soll dabei mit der mündlichen Verhandlung vor Gericht das schriftliche Vorverfahren, welches man in Deutschland für nothwendig hält, in Verhältniß gebracht werden. Wir haben oben angeführt, daß die Motive des Oldenburgischen Entwurfs es selbst für bedenklich halten, dem in der hannöverischen Prozeßordnung zum Grunde gelegten Systeme zu folgen, weil bei der gänzlichen Umgestaltung des bisherigen Verfahrens Richter, Anwälte und Bürger sich nicht leicht zu Recht finden würden; dagegen möchte schon die günstige Erfahrung in Bezug auf die neuen Strafprozeßordnungen, die ebenfalls Alles umgestalteten, und die Erfahrung

---

nung von Genf und Freiburg diese Ansicht besteht und gut wirkt. Auch in Preußen wurde sie im Gesetze vom 24. April 1854 §. 16 über Rechte aus unehelicher Schwängerung anerkannt. S. darüber v. Krävel in diesem Archive Bd. 38 S. 85; s. jedoch Einwendungen von Busch in diesem Archive XXXIX, S. 109. Wir werden alle diese Vorschläge wegen Umgestaltung der Beweislehre in besondern Aufsätzen zu begründen suchen.

von Hannover, wo die Juristen wie die Rechtsuchenden bald in das neue Verfahren sich fanden, in Betrachtung kommen, verbunden mit der Besorgniß, daß eine Gesetzgebung, die an keine Erfahrung anderer Länder sich halten kann, und die Mündlichkeit, deren Werth im Strafverfahren sich bewährte, mit so vielen Einrichtungen des alten Verfahrens zu verbinden sucht, auf die Zufriedenstellung keiner Partei rechnen kann, weil die Anhänger des Alten von dem liebgewordenen gewöhnten Verfahren doch zu viel aufgeben müssen, während die Freunde der neuen Einrichtungen, denen wahre Mündlichkeit vorschwebt, diese im neuen Gesetze so sparsam zugemessen erblicken, daß sie mit dem Neuen unzufrieden sind, und bei dem Volke, das sich Besseres erwartete, das neu eingeführte Verfahren in Mißkredit kommt. Vergleicht man die Erfahrungen aller Länder, in denen mündliches Verfahren eingeführt ist, so ergibt sich, daß die natürliche regelmäßige Einrichtung die ist, daß die Parteien mit ihren Vorträgen vor dem Richter erscheinen, dieser auf den Grund derselben entscheiden kann, und nur dann, wenn diese Vorträge ihm nicht genügen, ausnahmsweise das schriftliche Verfahren anordnen kann [63]. Nicht weniger steht fest, daß in Frankreich und am Rhein das Bedürfniß dieser Anordnung [64] die sich so wenig zeigt, daß nur in den seltensten Fällen die Richter von dem Mittel Gebrauch machen. Die Erfahrung der englischen Grafschaftsgerichte, für deren Ausdehnung sich immer mehr Stimmen aussprechen, lehrt [65], daß ein schriftliches Vorverfahren nicht weiter nothwendig wird, als daß der Kläger seine Klage vor der mündlichen Verhandlung dem Gerichtsschreiber angibt, dieser dem Beklagten sie mittheilt, und nur in einigen wenigen Fällen [66], in welchen der Kläger vorbereitet sein muß, auf die in der Sitzung vorzutragende Einwendung antworten zu können, der Beklagte dies dem Gerichtsschreiber vor der Sitzung anzugeben hat.

---

63) Darauf beruht die Genfer-Prozeßordnung.

64) Ueber Mangel der französ. Einrichtung Regnard de l'organisation judiciare et de procedure civile en France p. 327.

65) Nachweisungen in diesem Archive Bd. XXXIV, S. 132 u. S. 136.

66) Nämlich wenn der Beklagte Gegenforderung vorbringen oder Einwendung geltend machen will, daß er bei dem Geschäfte als Ehrenmann gehandelt oder unmündig gewesen sei.

Wir bitten das Zeugniß des erfahrenen Präsidenten des bremischen Handelsgerichts Dr. Heinecken über die Nutzlosigkeit 67) eines schriftlichen Vorverfahrens, sowie seine Vorhersagung der Nachtheile zu beachten, welche aus der Verbindung des schriftlichen Vorverfahrens mit der mündlichen Verhandlung entstehen. Wir erlauben uns noch auf die Schilderung der vielfachen Störungen aufmerksam zu machen, die aus der eben bemerkten Verbindung entstehen können 68). Wir sind überzeugt, daß der Gesetzgeber Oldenburgs auf keinen Fall von den Grundlagen der Hannoverschen Prozeßordnung sich entfernen sollte und beschränken uns vorerst noch auf einige Bedenklichkeiten gegen die Vorschläge des Oldenburgischen Entwurfs.

1) Der Entwurf §. 78 stellt als Einlassung verhindernder Einreden mehrere auf; nach der Fassung scheint es, daß schon im Vorverfahren der Richter darüber ohne Weiteres ohne mündliche Verhandlung entscheiden soll. Ist dies der Wille, so geschieht es, daß über die schwierigsten Fragen (und zwar thatsächlicher wie rechtlicher) eine Entscheidung erfolgt, ohne daß der Vortheil der umfassenden mündlichen Verhandlung den Parteien zu Theil würde, z. B. wenn vom Gerichtsstand ablehnende Einrede im Zusammenhange mit der wichtigen Frage, ob der Erblasser, über dessen in Oldenburg liegende Erbschaft von einem Ausländer Klage erhoben wird, als Inländer zu betrachten war, erhoben ist, oder wenn die Einrede des rechtskräftigen Urtheils auf ein in einem anderen Prozesse ergangenes Erkenntniß geltend gemacht wird. Auf jeden Fall muß über die Behandlung solcher Einreden der Entwurf sich klarer aussprechen.

2) Der Entwurf legt großen Werth darauf, daß der Vorsitzende oder der Instruent, je nach dem er es für nöthig hält, nach Beschaffenheit der Schwierigkeit der Sache zwischen verschiedenen Wegen wähle, durch welche die Richter gehörig vorbereitet und ihnen die Materialien der Entscheidung zur Kenntniß gebracht

---

67) In diesem Archive Bd. XXXV S. 3—8.

68) Nachweisungen in diesem Archive XXXIII S. 138—148.

69) Man denke an einen Fall wie er in dem trefflichen Gutachten von Reyscher: der Rechtsstreit über die Erbschaft des in Paris verstorbenen K. F. von Mecklenburg. Erbfolgerecht, Stuttgart 1856 erzählt wird, wo die Frage über Begründung des Gerichtsstandes höchst streitig ist.

werden, daher hängt es vom Richter ab, ob er verordnen will, daß vor der Sitzung die Akten zur Einsicht der Mitglieder in Umlauf gesetzt werden. Wir verkennen nicht die Sorgfalt des Gesetzgebers Gründlichkeit der Urtheile zu sichern; allein wir halten diese Vorschrift des Entwurfs für bedenklich, theils weil durch einen solchen Umlauf, da man den Richtern die nöthige Zeit gönnen muß, die Verhandlung des Prozesses verzögert wird, theils weil in das Ermessen des Vorstandes zu viel gestellt ist, da es von ihm abhängt, ob er die Anwendung des verzögerlichen Mittels anordnen will, und zu leicht der ängstliche Vorstand diesen Weg wählen wird, der aber auch deswegen bedenklich ist, weil besorgt werden muß, daß dadurch die Richter schon mit einer vorgefaßten (aber auf mangelhafte Grundlagen gebauten) Meinung über die Sache in die Sitzung kommen und dann der mündlichen Verhandlung wenige Aufmerksamkeit schenken.

3) Warnen müssen wir vor der auch den Oldenburgischen Entwurf zum Grunde liegenden vielfach verbreiteten Ansicht, daß der Vortrag der Thatsachen bei Gericht Hauptsache sei, und das Gericht die Rechtsgründe ohnehin kennt, daß das schriftliche Vorverfahren nur wegen der Feststellung der Ersten nothwendig sei, und der Vortrag der Rechtsgründe in die mündliche Verhandlung gehöre. Wir haben über die Vorschläge des vorliegenden Entwurfs in dieser Beziehung den Rath erfahrner mit rheinischer Justiz vertrauter Männer eingeholt und sind in der schon früher in diesem Archive geäußerten Ansicht [70]) bestärkt worden, daß die Schriften, wie sie nach dem Entwurfe eingereicht werden sollen, häufig keine Vortheile für die Parteien, ihnen die gehörige Vorbereitung zu erleichtern gewähren, wohl aber den Richter irreleiten würden, weil es oft unmöglich ist die thatsächliche von der rechtlichen Begründung der Klage zu trennen und den wahren Gesichtspunkt in einer Sache ohne Rechtsausführung klar zu machen. Wir haben neuerlich zwei Fälle zur Entscheidung in unserem Spruchkollegium gehabt [71]) aus denen sich klar

70) Bd. XXXIII S. 146.

71) In einem Falle, in welchem ein Mann einem Andern über 200,000 Thaler als Kaufpreis für ein Gut schuldete, wurden zum Hauptvertrage vom Verkäufer dem Käufer durch nachfolgende Verträge so viele Erleichterungen für die Zahlung und Nachlässe gemacht, daß zuletzt die größte Ver-

ergab, daß wenn sie nach den Vorschlägen des Entwurfs verhandelt worden wären, eine gute Grundlage für die Entscheidung nicht zu gewinnen gewesen wäre. Es scheint, daß die deutschen Juristen die Bedeutung der (zwar nicht im Code aber im französischen decrét von 1808 vorgeschriebene) conclusions motivées nicht genug würdigen und dies Institut zweckmäßig aufnehmen.

4) Der wichtigste Punkt betrifft dies Verhältniß der im schriftlichen Vorverfahren vorgebrachten Schriften zu den Vorträgen in der mündlichen Verhandlung. Der Entwurf geht von der lobenswerthen Absicht aus, daß durch das schriftliche Vorverfahren das ganze thatsächliche Verhältniß festgestellt, dies Verfahren die Grundlage der mündlichen Verhandlung sein und daher nach §. 106 einer Aenderung der thatsächlichen Erklärungen im Vorverfahren nur mit Zustimmung des Gegners oder im Wege der Restitution zulässig sein soll. Nach sorgfältiger Beobachtung der Verhandlungen in Ländern, deren Gesetze auf Mündlichkeit beruhen, und nach Erkundigung bei Praktikern muß die Zweckmäßigkeit einer solchen Ansicht in Abrede gestellt werden. Wollte der Gesetzgeber mit Strenge sie durchführen, so würde er auf Kosten des materiellen Rechts oft nur dem formellen den Sieg verschaffen, die Vorstellungen der Rechtsuchenden verletzen, oder auf unnöthigen Umwegen das gewähren, was auf einfachem Wege leicht zu erreichen ist. Unvermeidlich werden in vielen Fällen in den mündlichen Verhandlungen Abweichungen in dem Vortrage der Thatsachen von dem schriftlichen Vorverfahren vorkommen[72]. Die Erfahrung lehrt, daß oft erst vor der Sitzung die Partei veranlaßt durch genauere Erkundigungen ihrem Anwalte neue Thatsachen mittheilt, welche die Beurtheilung der Sache verändern oder Nebenumstände erzählt, oder daß erst die

---

wirrung entstand, weil Alles darauf ankam, wie weit die Absicht auf Novation ging, wo ohne Rechtserörterung über die einzelnen Verträge gar keine Klarheit möglich wurde. — In einem andern Falle kam es auf seit 20 Jahren wegen einer geführten Verwaltung vorgekommene Zahlungen, Nachlässe, Beurtheilung ertheilten Aufträge und die Wirkung der Anerkennung an.

72) Zeugnisse der hannov. Praktiker über die Erfahrungen wegen der Vortheile der Mündlichkeit aber auch über die Häufigkeit der Abweichungen der mündlichen Vorträge von den Vorverfahren in diesem Archiv Bd. 38 S. 21, vorzüglich S. 244, 247.

in der Sitzung abgegebene Erklärung einer Partei, die andere zwingt, Neues vorzubringen. Die Sache macht sich dann z. B. in Frankreich ganz leicht, indem wenn der Gegner Einwendung gegen die Neuheit macht, und sich darauf beruft, daß er darauf nicht vorbereitet sei, oder daß seine Vertheidigung durch das neue Vorbringen gefährdet sei, der Richter die Verhandlung der Sache vertagen oder nach Umständen den Gegner verpflichten kann, sich sogleich zu erklären. Die Prüfung des Richters geht nur darauf, ob man dem Beklagten nach Lage der Sache zumuthen kann, auf das neue Vorbringen sich einzulassen [73]). Mit Unrecht würde man aber von der Zustimmung des Gegners das Recht der Aenderung abhängig machen. Die ganze Lehre von der mutatio libelli bedarf einer Revision [74]). Auf keinen Fall darf Art. 106 des Entwurfs so bleiben, weil er Chikanen begünstigen würde.

5) Einer wiederholten Prüfung empfehlen wir den §. 220 des Entwurfs, nach welchem in der Sitzung der mit Leitung der Sache beauftragte Richter den Anfang mit einem Vortrage des thatsächlichen Inhalts der schriftlichen Verhandlungen macht. Wir halten dies nicht für nothwendig, wohl aber für verzögerlich [75]), und durch die Erfahrung der Länder, die mündliches Vorverfahren kennen, nicht erforderlich, da gewiß der natürliche Zustand der ist, daß (dem Prinzip der Mündlichkeit gemäß) der Kläger zuerst seine Klage begründet. Der im Entwurf vorgeschriebene Vortrag kann

---

73) Nachweisungen von Erfahrungen in diesem Archive Bd. XXXIII S. 145 147; über das Recht der Aenderung im Preuß. Prozeß, Heffter der preuß. Civilprozeß S. 137.

74) In einem dem Spruchkollegium eben vorliegenden Falle klagte der Kläger aus einem Vertrage vom 26. Juli 1855, worin Beklagter sich verpflichtete, Grundstücke des Klägers nicht zu beweiden. Bei der Unterschrift im Vertrage war beigefügt: mit Vorbehalt der Genehmigung des Ministeriums. Kläger beruft sich auf Vertragsverletzungen des Beklagten vom 22. 24. August. Beklagter wendete ein, daß der Vertrag nicht perfekt geworden, weil die Genehmigung des Ministeriums fehlte. Kläger erklärte in der Replik, daß am 28. August das Ministerium genehmigt habe. Beklagter macht in der Duplik geltend, daß mutatio libelli da sei und das Gericht erster Instanz nahm dies auch an. Richtiger wurde in zweiter Instanz keine mutatio angenommen.

75) Nach dem Entwurf darf zwar dieser Vortrag in einfachen Sachen unterbleiben. Dieser Ausdruck ist ein sehr unbestimmter.

aber auch leicht nachtheilig werden, weil er den Richtern eine gewisse Ansicht von der Sache aufdringt, während sie aus dem Munde der Parteien oder ihrer Vertreter die Darstellung der Sache erfahren und ohne Voreingenommenheit den Vortrag hören sollen, der oft ganz anders, wo der Anwalt die Sache im Zusammenhange mit dem rechtlichen Gesichtspunkt entwickelt, ausfallen wird, als nach der mageren Skizze der Vorverhandlung möglich war.

(Fortsetzung folgt.)

XVII.

Von der Verpflichtung der Unmündigen.

Von

Herrn Dr. **Goldschmidt**,

Privatdozenten zu Heidelberg.

I. Gegenstand und Ausgangspunkt der Untersuchung.

§. 1.

Die berühmte und wichtige Streitfrage, ob und inwieweit der Unmündige sich ohne Vollwort seines Vormunds wenigstens naturaliter verpflichte, hat von jeher[1]) den Scharfsinn der ausgezeichnetesten Rechtslehrer herausgefordert. Mag auch zeitweise eine oder die andere Theorie fast unbestrittene Herrschaft behauptet haben, so scheinen wir doch gegenwärtig mehr als je von endlicher Einigung entfernt. Auch die neueste fleißige monographische Bearbeitung[2]) hat die Frage in keinem wesentlichen Punkte gefördert, aber die Mängel der üblichen Behandlungsweise in desto grelleres Licht gestellt. Der absolut verneinenden Gruppe (Cujaz und Puchta) steht eine andere, ebenso absolut bejahende (Savigny)

1) Recht bezeichnend sagt schon Osius Aurelius (Otto Thesaurus III p. 739): Est haec quaestio de trivio scholae, de vetere carmine carmen. — Sed cum tam multa vulgo ad hanc quastionem et scribantur et disputentur, nec satis vera: non possumus et nos ut verum inveniamus, etiam non multa dicere et tractare.

2) Schulze de naturali pupillorum obligatione. Gryphiae 1853.